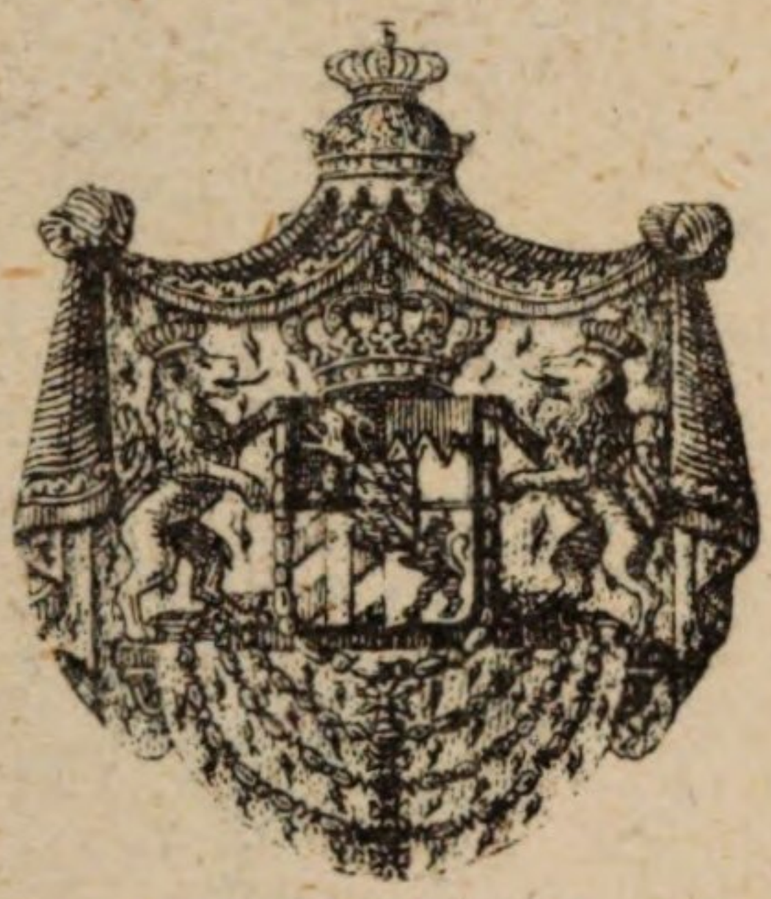
J rom. M.
922 nd

Gesterding



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Die Lehre

vom

Pfandrecht,

nach

Grundsätzen des Römischen Rechts

von

Dr. F. C. Gesterding.

Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage.

Greifswald, 1831.

Bei Ernst Mauritius.

74. D.

BIBLIOTHECA
REGLA
MONACENSIS.

Vorrede zur ersten Auflage.

Daß der Verfasser die Zahl der über das Pfandrecht im Ganzen, oder über einzelne Theile desselben vorhandenen Schriften, zu denen er früher selbst einen Beitrag geliefert, noch um die gegenwärtige vermehrte, wird vielleicht, wenigstens schmeichelt der Verfasser sich mit dieser Hoffnung, in dem Werke selbst und in der Art, wie er diese Lehre behandelt hat, seine Rechtfertigung finden. Ungeachtet der Bemühungen gelehrter Männer, die ihren Fleiß auf diese Materie verwandt haben, ungeachtet dessen, was der von seinen Zeitgenossen so hoch geachtete Bachov vor 200, und Westphal vor 50 Jahren darüber geschrieben, un-

geachtet ferner auch deſſen, was in neuern Zeiten Coryphäen unſrer Kunſt, als Weber, Haubold u. ſ. w., geleiſtet, kann doch von dieſem Haupttheil unſrer Rechtswiſſenſchaft noch immer nicht gerühmt werden, daß deſſen viele Schwierigkeiten (die der Leſer um ſo weniger erkennt, jemehr es dem Verfaſſer gelungen iſt, ſie zu beſiegen) hinlänglich aufs Reine gebracht wären. Vielleicht iſt der gegenwärtige Verſuch, worin der Verfaſſer eine Reviſion dieſer Materie vorgenommen und ſich bemüht hat, zu der Aufhellung derſelben ſoviel möglich beizutragen, nicht ganz ohne Erfolg geblieben; vielleicht wird er nicht ohne allen Nutzen für die Wiſſenſchaft, und der gelehrten Welt willkommen ſeyn. Der Kenner, welcher, mit dem bisherigen Zuſtande dieſer Wiſſenſchaft vertraut, dieſe Blätter geleſen hat, wird bemerken, daß darin über viele wichtige Materien, z. B. über die Unterſcheidung zwiſchen Pfandrecht im engern Sinn und Hypothek, über das Zurückrechnen der Bedingung, über das Pfandrecht für die Acceſſorien der Hauptſchuld, über den Anfang des Pfandrechts an rebus futuris, über die Rechte des Pfandgläubigers, über die Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger, über öffentliche Hypotheken, über das Jus offerendi, über die Arten, wie das Pfandrecht erliſcht, beim Aufhören der Hauptſchuld, oder ohne das, namentlich durch Untergang der verpfändeten Sache, oder, weil das Recht des Ertheilers aufgehört hat, über den Beweis bei Anſtellung

der hypothekarischen Klage, über das Beneficium excussionis reale, über das Interdictum Salvianum u. s. w. (auf welches alles der Verfasser hier zugleich besonders aufmerksam machen mögte), gewiß viel Neues, und darunter vielleicht auch manches Gute, und was würdig ist, daß man weiter darüber nachdenke, gesagt sey. Dabei hat der Verfasser sich immer bemüht, das Schwierigere vor dem Leichtern zu erörtern, und das Interessante vor dem minder Interessanten hervorzuheben. Vielleicht hat er dem Letztern hin und wieder zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet, und es nur des Zusammenhanges wegen nicht übergehen wollen. Dies mögte etwa von den allgemeinen gesetzlichen Hypotheken gelten, und der Verfasser, welcher nun einmal solchen rein positiven Materien keinen Geschmack abgewinnen kann, will gleich Anfangs sagen, daß man hier nicht viel mehr, als ein trocknes Verzeichniß derselben zu erwarten habe. Indem der Verfasser sich auf solche Art selbst das Urtheil spricht, wünscht er nur, daß der Leser durch das, was über andre Materien mehr gesagt ist, sich entschädigt finden möge. Er wünscht auch, daß die Kürze der Zeit, welche er auf dieses Werk hat verwenden können (der Verfasser schrieb es im Winter von 1814 bis 1815 neben andern Geschäften) dem Werk selbst nicht geschadet haben möge.

Was die Ordnung betrifft, so hat der Verfasser im Ganzen die Ordnung beobachtet, jedoch nicht

ohne manche Veränderungen, worin Günther in seinen Princ. jur. Rom. die Lehre vom Pfandrecht abgehandelt hat, und der Verfasser würde allenfalls nichts dagegen haben, wenn man sein Werk als einen freien Commentar zu jenem betrachten wollte.

Vorrede zur zweiten Auflage.

Die erste Auflage dieses Werks erschien im Jahre **1816.** Schon vor mehreren Jahren machte mir die Verlagshandlung die Anzeige, daß eine neue Auflage nöthig seyn dürfte. Ich wandte also den Winter von **1827** bis **1828** dazu an, das Werk durchzusehen und, wo es nöthig oder angemessen zu seyn schien, es durch Verbesserungen und Erweiterungen umzugestalten. Da indessen die Verlagshandlung das wirkliche Erscheinen des Werks damals noch nicht wünschte, so blieb es einstweilen liegen, und dies gab Gelegenheit, daß bis Weihnachten (da das Manuscript an die Verlagshandlung abgeliefert ward) noch Einiges und von nicht geringem Belange hinzukam, wohin namentlich gehört, was über die Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger gesagt ist. —

Eine neue Auflage gewährt dem Schriftsteller, außerdem, daß er durch den Ablauf der Zeit in die

Stelle des Lesers tritt, der sein eigenes Buch beurtheilt und den Eindruck fühlt, den es auf Andere macht, besonders den Vortheil, daß er, dessen Aufmerksamkeit früher von vielen verschiedenen Seiten in Ansprache genommen ward, jetzt im Stande ist, seine Sorge mehr auf einzelne Materien zu beschränken. Diesen Vortheil habe ich bei dieser neuen Auflage zu benutzen gesucht, — wie ich ihn bei einer etwa folgenden auf's Neue zu benutzen suchen würde. — Wer beide Auflagen mit einander vergleicht, wird finden, daß die neue Auflage der alten sehr ungleich ist. Vieles ist daran verändert, mehrere Paragraphen sind neu hinzugekommen, andere umgearbeitet oder bedeutend vermehrt, und die Veränderungen und Zusätze machen wenigstens ein volles Drittheil des Ganzen aus. Dabei sind über die wichtigsten Materien abermals neue Aufschlüsse gegeben, neue Entdeckungen gemacht. —

Einige besondere Ausführungen über einige einzelne Materien wird der Leser vielleicht im vierten Theile meiner Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien finden, wie er deren schon im dritten gefunden haben wird.

Inhalt.

Erster Abschnitt.

Vom Pfandrecht im Allgemeinen.

§. 1. Verpfändung, Pfandrecht. Eintheilung des Pfandrechts in die Hypothek und das Pfandrecht im engern Sinne; Verwerflichkeit dieser Eintheilung. Unterschied des Pfandrechts von dem verwandten Retentionsrechte. Seite 1—4.

§. 2. Verschiedene Bedeutungen des röm. Wortes Pignus im subjectiven, objectiven und formellen Sinne. S. 4—5.

§. 3. Das Pfandrecht ist ein accessorisches Recht; Folgen davon. Vom Pfandrecht für eine bloß natürliche Verbindlichkeit. Ob für jede Verbindlichkeit ein Pfandrecht gegeben werden könne oder nur für eine Geldschuld. Erklärung der L. 2. C. de luit. pign. Ueber den Grundsatz des römischen Rechts, das Pfandrecht dauert fort, so lange bis der Gläubiger befriedigt ist. S. 5—22.

§. 4. Fortsetzung. Vom Pfandrecht für eine bedingte Schuld. Von der Zurückrechnung der Bedingung überhaupt und insbesondere in Beziehung auf das Pfandrecht. Vom Pfandrecht, was für eine unbedingte Schuld unter einer Bedingung bestellt ist. Vom Pfandrecht für eine künftige Schuld; welche Forderungen zu den künftigen zu rechnen seyen, und wann das dafür bestellte Pfandrecht seinen Anfang nehme; insbesondere von der Frage, wann das Pfandrecht seinen Anfang nehme, was der Hauptschuldner dem Bürgen wegen des gegen ihn zu nehmenden Regresses constituirt hat. S. 22—50.

§. 5. Von der Ausdehnung des Pfandrechts auf die Accessorien der Hauptschuld, namentlich die Zinsen, wenn darüber bei der Bestellung des Pfandrechts nichts gesagt ist. S. 50—64.

§. 6. Von der Untheilbarkeit des Pfandrechts. S. 64—67.

§. 7. Von den Gegenständen des Pfandrechts. Insbesondere verpfändete Rechte, namentlich jura emphyteuseos et superficiei; der Nießbrauch; Prädialservituten; das nomen; das verpfändete Pfand. Von rebus futuris; doppelte Art derselben; Anfang des Pfandrechts daran. S. 67—88.

§. 8. Eintheilung des Pfandrechts in das allgemeine und besondere. S. 88.

§. 9. Umfang des allgemeinen Pfandrechts. S. 88—91.
§. 10. Umfang des speciellen Pfandrechts, je nachdem es entweder an einer einzelnen Sache oder an einer universitas rerum bestellt ist. S. 91—95.

Zweiter Abschnitt.

Von der Entstehung des Pfandrechts.

§. 11. Eintheilung des Pfandrechts nach dem Entstehungsgrunde in pignus voluntarium und necessarium. S. 96.

I.

Pignus voluntarium.

§. 12. Von den Personen, welche ein pignus voluntarium constituiren können. Fälle, in welchen das von einem non-dominus bestellte Pfandrecht entweder gleich Anfangs gilt, oder doch in der Folge gültig wird. Untersuchung der Frage: ob das Pfandrecht gültig wird, wenn der wahre Eigenthümer Erbe des Schuldners wird, der als non-dominus das Pfandrecht ungültig constituirte. S. 96—114.
§. 13. Welche Sachen Gegenstände des pignoris voluntarii seyn können, und welche nicht. S. 114—116.
§. 14. Eintheilung des pignoris voluntarii. Es ist, wie das Pfandrecht überhaupt, entweder ein allgemeines oder besonderes. Dabei von der Frage: ob das Pfandrecht unkörperliche Sachen mitergreife, wenn das gesammte Vermögen unter dem Zusatze „bewegliches und unbewegliches" verpfändet ist. Eintheilung des pignoris voluntarii in das conventionelle und testamentarische. S. 116. 117.
§. 15. 1) *Pignus conventionale.* Von den Personen, welche befugt sind, ein Conventionalpfandrecht zu bestellen. Von der Art, wie es bestellt wird. S. 117—120.
§. 16. Unterscheidung des Conventionalpfandrechts in das ausdrückliche und stillschweigende. Von dem letzteren ist das vermuthete zu unterscheiden. Beispiele von beiden. S. 120—126.
§. 17. 2) *Pignus testamentarium.* Wer kann es constituiren? Anfang desselben. Vom Pfandrecht, was der Testator an den Gütern des Erben bestellte. S. 126. 127.

II.

Pignus necessarium.

§. 18. Eintheilung desselben in das gesetzliche und prätorische. S. 127.
§. 19. 1) Gesetzliches Pfandrecht; davon im Allgemeinen. S. 127. 128.
§. 20. Gesetzliches specielles Pfandrecht. Aufzählung der einzelnen Arten desselben. S. 128—140.
§. 21. Gesetzliches allgemeines Pfandrecht; dessen einzelne Arten. S. 140—147.

§. 22. 2) Prätorisches Pfandrecht; dabei von der missio in bona; Bedingung, unter welcher durch die missio in bona ein prätorisches Pfandrecht entsteht. S. 147—154.

Dritter Abschnitt.

Von den Wirkungen der Verpfändung.

§. 23. Von den Rechten, welche der Schuldner durch die Verpfändung nicht verliert. Insbesondere vom Recht des Schuldners, die verpfändete Sache zu veräußern; Fälle, in welchen dieses Recht wegfällt. Res oppignorata et alienata transit cum suo onere; Ausnahme bei einem verpfändeten Laden in Ansehung der einzelnen daraus verkauften Waaren. Vom Vindicationsrecht des Schuldners. S. 155—159.

§. 24. Von den Rechten des Gläubigers, und zwar zuerst von dem dinglichen Rechte desselben an der verpfändeten Sache. Rechte, die darunter enthalten sind. Insbesondere vom Retentionsrechte; Bedingungen desselben, uneigentlich so genanntes Retentionsrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethsmanns, — der Frau, wegen ihres Brautschatzes, an den Gütern des Mannes; Eintheilung des Retentionsrechts in das qualificirte und einfache; einfaches Retentionsrecht des Gläubigers wegen chirographarischer Forderungen; ob es nur beim conventionellen Pfandrecht und nur dann Statt finde, wenn die Sache dem Gläubiger zum Pfande übergeben ist. S. 159—165.

§. 25. Jus distrahendi des Gläubigers. Ob es zum Wesen des Pfandrechts gehöre? Ob es dem Gläubiger durch Vertrag oder einseitige Handlungen des Schuldners entzogen werden könne? Untersuchung der Frage, ob die Ausübung desselben Besitz bei dem Gläubiger voraussetzt. Andre Bedingungen der Ausübung desselben, mora des Schuldners; Liquidität der Forderung. Von der Ausübung des juris distrahendi bei einer auf Termine gesetzten Zahlung. S. 165—180.

§. 26. Verfahrungsart beim Verkauf. Bona fides des Gläubigers. Form des Verkaufs; Verschiedenheit derselben nach den verschiedenen Arten der Pfänder. Form, welche beim Verkauf durch Vertrag oder Gesetz verhafteter Pfänder zu beobachten ist, nach der gewöhnlichen und nach einer berichtigten Theorie. Form des Verkaufs prätorischer und gerichtlicher Pfänder. Ob der Gläubiger bei der Versteigerung derselben mitbieten könne? Im Vorbeigehen, ob der Schuldner das Pfand kaufen könne? Impetratio dominii a principe. Ob die beim Verkauf prätorischer und gerichtlicher Pfänder vorgeschriebene Form zu substituiren, wenn der Gläubiger Pfänder andrer Art gerichtlich verkaufen will? S. 180—193.

§. 27. Folgen des Verkaufs. Befriedigung des Gläubigers durch das Kaufgeld. Dem Schuldner liegt die Pflicht auf, das vom Gläubiger, der als Mandatar des Schuldners zu betrachten ist, verkaufte Pfand zu gewähren; Ausnahmen dieser Regel. Folgen davon, wenn dem Gläubiger das Eigenthum des Pfandes zugeschlagen ist. S. 193—202.

§. 28. Rechtsgrundsätze, welche zur Anwendung kommen, wenn

der Gläubiger unbefugt oder nicht auf die gehörige Art das Pfand verkauft hat. S. 202—204.

§. 29. Persönliche Rechte des Gläubigers. Insbesondere vom Rechte des Gläubigers, für impensas necessarias et utiles Ersatz zu begehren. Welche Ausgaben für nothwendig zu halten sind? Ob der Gläubiger die Einräumung eines andern Pfandes begehren könne, im Fall die ihm verpfändete Sache eine fremde war? Widerlegung der gewöhnlichen Theorie. S. 204—211.

§. 30. Von den Rechten, welche dem Gläubiger aus Nebenverträgen zustehen können. Besonders vom pacto antichretico; ob und wie weit bei diesem Vertrage auf das gesetzliche Maaß der Zinsen Rücksicht zu nehmen; — ob der Gläubiger bei diesem Vertrage einem Usufructuar gleichzuachten und die öffentlichen Lasten zu tragen verbunden sey? S. 211—218.

§. 31. Von den Pflichten des Pfandgläubigers. Von der culpa, welche der Gläubiger zu prästiren verbunden ist, und insbesondere von dem Grade derselben. Verschiedene Meinungen der Rechtsgelehrten in Ansehung des Grades der vom Gläubiger zu vertretenden culpa. Der Gläubiger haftet für culpa levis und custodia. Untergang oder Beschädigung der verpfändeten Sache durch casus. S. 218—232.

§. 32. Von der Pflicht des Gläubigers, die verpfändete Sache zurückzugeben, ungeachtet der lex commissoria. Begriff der lex commissoria, insbesondere in der Materie des Pfandrechts. Grund des gesetzlichen Verbots der lex commissoria. Welche Fälle nicht darunter enthalten, und theils gleichfalls verboten, theils erlaubt sind. Von der lex commissoria, welche ex postfacto eingegangen wird. Von der Zulässigkeit des Verkaufs der verpfändeten Sache von Seiten des Schuldners an den Gläubiger. S. 232—237.

Vierter Abschnitt.

Von der Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger.

§. 33. Coexistenz mehrerer Pfandrechte verschiedener Gläubiger; daraus entstehende Concurrenz und mögliche Collision. Concurrenz gleichzeitig entstandener Pfandrechte. Von dem Vorrang, welchen das höhere Alter gewährt. S. 238—248.

§. 34. Hier wird die Frage über den Anfang des Pfandrechts an Gütern, welche der Verpfänder erst in der Folge erwirbt, besonders erörtert. S. 248—261.

§. 35. Von prvilegirten Hypotheken. A. Von privilegirten gesetzlichen Hypotheken. Dahin gehörige Fälle. Insbesondere von der Frage: ob dem Fiscus eine privilegirte Hypothek zustehe an den nach dem Contracte erworbenen Gütern seines Schuldners; Erklärung der L. 28. D. de jure fisci. Vereinigung dieser Stelle mit der L. 21. D. qui pot. in pign. Von der privilegirten Hypothek der Frau wegen ihrer dos; ob eine solche auch den Frauen der Juden zu Gute komme? B. Von privilegirten Conventionalhypotheken. Fälle, die dahin gehören. Ob die Hypothek, die der Verkäufer sich vorbehalten

hat, zu den privilegirten gehöre, oder ihm gar ein Separationsrecht beim Concurse des Käufers zustehe? Kurze Uebersicht über die privilegirten Hypotheken. S. 261—285.

§. 36. Von den Hypotheken, die unter den privilegirten Hypotheken besonders privilegirt sind. Ob die Hypothek der Frau wegen der dos dahin zu rechnen sey? Erklärung der L. 12. C. qui pot. in pign. und der Nov. 79. Cap. 3 und 4. Wodurch der Vorrang unter den nicht besonders privilegirten Hypotheken bestimmt wird? S. 285—292.

§. 37. Vom öffentlichen und Privatpfandrechte nach römischem Rechte. Welches Pfandrecht nach römischem Rechte für ein öffentliches zu halten? Grund des Vorzugs des öffentlichen vor dem Privatpfandrecht. Natur dieses Vorzugs. Verhältniß der öffentlichen Hypotheken zu den privilegirten. S. 292—298.

§. 38. Von der Succession in die Stelle eines abgefundenen Pfandgläubigers; davon im Allgemeinen. S. 299.

§. 39. Von der Succession eines nachstehenden Pfandgläubigers in die Stelle eines vorgehenden, vermöge des juris offerendi. Begriff des juris offerendi. Was zur Ausübung desselben erforderlich sey. Rechte des Gläubigers, der vom jure offerendi Gebrauch gemacht hat. Erörterung der Frage: ob der Gläubiger, der vom jure offerendi Gebrauch gemacht hat, ipso jure an die Stelle des abgefundenen Gläubigers tritt. Nutzen des juris offerendi. Fälle, in denen es wegfällt. S. 299—313.

§. 40. Von der Succession derjenigen, denen bisher noch kein Pfandrecht zustand, in die Stelle eines mit ihrem Gelde abgefundenen Pfandgläubigers. Bedingungen, unter denen Jemand, der dem Schuldner zur Abfindung eines Pfandgläubigers eine Anleihe macht, an des Abgefundenen Stelle tritt. Ob es zum Zweck der Succession nöthig sey, daß der neue Gläubiger sich den Eintritt in die Stelle des abgefundenen ausbedungen haben müsse? Vereinigung der verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten in Ansehung dieses Punkts. Untersuchung der Frage: ob es zum Zweck der Succession einer Cession der Rechte von Seiten des abgefundenen Pfandgläubigers bedürfe. Von der Succession des Käufers einer mit Hypotheken behafteten Sache in die Stelle der mit dem Kaufgelde befriedigten Pfandgläubiger. Ob diese Succession nur Statt finde, wenn die Abfindung beim Ankauf ausbedungen ist? Schlußbetrachtung über die Succession in die Stelle eines abgefundenen Pfandgläubigers. S. 313—322.

Fünfter Abschnitt.

Vom Aufhören des Pfandnexus.

§. 41. I. Aufhören des Pfandnexus in Folge des Aufhörens der Hauptschuld. Dazu ist gänzliche Tilgung der Hauptschuld erforderlich, und im Fall der Tilgung durch wirkliche Zahlung, daß de Gläubiger das empfangene Geld keinem Dritten herauszugeben genö

thigt wird. Vom Aufhören des Pfandrechts, im Fall mit der Hauptschuld eine Novation vorgeht, und von der Fortdauer desselben, wenn der Gläubiger es sich vorbehalten hat. Von der confusio. Verschiedenheit der Erlöschung des Pfandrechts, je nachdem die Hauptschuld ipso jure oder ope exceptionis getilgt ward. S. 323—332.

§. 42. II. Aufhören des Pfandnexus bei fortdauernder Hauptschuld, und zwar 1) durch Remission. Ob durch das pactum: Ne res sit amplius obligata, das Pfandrecht ipso jure oder durch Hülfe einer Einrede getilgt wird? Aufgebung des Pfandrechts in Ansehung eines ideellen Theils der verpfändeten Sache. Von der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Aufgebung des Pfandrechts und von der Verschiedenheit der stillschweigend erklärten und der gesetzlich vermutheten Aufgebung. Fälle, in welchen, den Gesetzen zufolge, Aufgebung des Pfandrechts anzunehmen ist. Insbesondere von der Einwilligung des Gläubigers in die Veräusserung der verpfändeten Sache, und von der daraus herzuleitenden Erlassung des Pfandrechts. Ob das bloße Schweigen des Gläubigers, der von der vorgehenden Veräusserung unterrichtet ist, dazu hinlänglich sey? Bedingungen, unter denen, wegen Einwilligung in die Veräusserung, das Pfandrecht erlischt. Untersuchung der Frage: ob vom Gläubiger, der in eine neue Verpfändung der Sache einwilligt, anzunehmen sey, er habe sein Pfandrecht überhaupt, oder nur sein vorzüglicheres aufgeben wollen. S. 232—341.

§. 43. Fortsetzung. 2) Verlust des Pfandrechts durch Untergang der verpfändeten Sache. Fortdauer desselben, wenn die verpfändete Sache nicht ganz untergeht, an dem übrig gebliebenen Theil. Ob und in wie fern das Pfandrecht aufhöre, wenn die verpfändete Sache nicht nntergeht, sondern nur verändert wird? S. 341—347.

§. 44. Fortsetzung. 3) Aufhören des Pfandrechts in Folge des erloschenen Rechts des Schuldners an der verpfändeten Sache. Fälle, die hieher gehören. Insbesondere von dem hieher gehörigen Hauptfall, da das Eigenthum von dem neuen Eigenthümer an den vormaligen zurückkehrt. Nach der gewöhnlichen Theorie hört das Pfandrecht auf, wenn das Eigenthum ipso jure an den vormaligen Eigenthümer zurückfällt, und dauert im entgegengesetzten Fall fort. Verwerfung dieser Theorie und Aufstellung einer neuen; Anwendung derselben auf einzelne Fälle. S. 347—355.

§. 45. Fortsetzung. Aufzählung der übrigen Fälle, in denen das Pfandrecht erlischt, obgleich die Hauptschuld fortdauert. Erwerb des Eigenthums der verpfändeten Sache von Seiten des Gläubigers; — Beschränkung des Pfandrechts auf einen gewissen Zeitraum; — Verkauf des Pfandes hebt nicht nur das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers auf, sondern auch die Pfandrechte der Gläubiger, die ihm nachstehen; — Mißbrauch der verpfändeten Sache von Seiten des Gläubigers; — Aufhören des Pfandrechts der Gläubiger eines Verstorbenen an Sachen, die der Erbe, der die Erbschaft cum beneficio legis et inventarii antrat, zum Behuf der Tilgung der Erbschaftsschulden verkaufte. S. 355—358.

Sechster Abschnitt.

Von den Rechtsmitteln, die sich auf den Pfandnexus beziehen.

I. *Actio hypothecaria.*

§. 46. Begriff der hypothekarischen Klage. Von den verschiedenen Benennungen derselben. S. 359—361.

§. 47. Wem die Klage zustehe, gegen wen und zu welcher Zeit sie angestellt werden könne? S. 361—366.

§. 48. Worauf die Klage gerichtet sey? Ob und in wie fern der Kläger, außer der Hauptsache, auch die Auslieferung von Früchten begehren könne? Verbindung der hypothekarischen Klage mit der persönlichen gegen den Schuldner. Rechte des Gläubigers, im Fall der verurtheilte Beklagte die verpfändete Sache nicht herausgibt. S. 366—375.

§. 49. Was der Kläger, der mit der actio hypothecaria klagt, im Allgemeinen zu beweisen habe. Insbesondere von dem Beweise, den der Kläger zu führen hat, im Fall eines ihm zustehenden pignoris voluntarii. Verschiedenheit des zu führenden Beweises, je nachdem gegen den Schuldner und dessen Erben, — oder gegen den dritten Besitzer geklagt wird. Von dem Falle, wenn der dritte Besitzer ein solcher ist, welcher gleichfalls ein Pfandrecht zu haben behauptet. S. 375—385.

§. 50. Von den Einreden des Beklagten. Insbesondere vom beneficio excussionis; Eintheilung desselben in das persönliche und dingliche. Bedingungen des persönlichen; Fälle, in denen es wegfällt. Vom beneficio excussionis reali; jus eligendi et variandi des Gläubigers, dem eine allgemeine Hypothek zusteht; ob im Fall der Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek die speciell verpfändete Sache principaliter, die übrigen Güter nur in subsidium haften? Bestreitung der gewöhnlichen Theorie; Untersuchung der Frage: ob das beneficium excussionis reale ausser dem nachstehenden Pfandgläubiger, auch einem dritten Besitzer und dem Schuldner selbst zustehe; Fälle, in denen das beneficium theils wirklich, theils angeblich wegfällt. Vom beneficio cessionis, was dem dritten rechtmäßigen Besitzer zusteht. Einrede der Präscription. Andre Einreden, welche dem Kläger entgegenstehen können. S. 385—409.

II. *Interdictum Salvianum.*

§. 51. Wem das Interdict zustehe, gegen wen und worauf es gerichtet sey? Ob es auch gegen den dritten Besitzer angestellt werden könne, oder nur gegen den Pfandschuldner und dessen Erben. Vom Beweise, den der Kläger zu führen hat. S. 409—418.

III. *Actio pignoratitia directa atque contraria.*

§. 52. Von der actio pignoratitia directa. Wem sie zustehe, gegen wen und worauf sie gerichtet sey? Zeit der Anstellung. Ob die Klage auch gegen den dritten Besitzer angestellt werden könne, an welchen der Gläubiger die verpfändete Sache etwa weiter verpfändet oder ungültig veräussert hat? Verjährung der Klage und Anfang der Verjährungszeit. Von der actio pignoratitia contraria. Voraussetzung beider Klagen. S. 418—423.

Erster Abschnitt.

Vom Pfandrecht im Allgemeinen.

§. 1.

Begriff des Pfandrechts.

Unter den verschiedenen Mitteln, welche das Mißtrauen erfand, deren Zweck darauf gerichtet ist, dem Gläubiger, wegen der Erfüllung einer Verbindlichkeit von Seiten des Schuldners, Sicherheit zu gewähren, zeichnet sich die Verpfändung aus — in der Sprache des römischen Rechts die obligatio rei — als dasjenige Mittel, was darauf berechnet ist, den Gläubiger durch die Sache des Schuldners sicher zu stellen, welche ihm zu diesem Ende verhaftet seyn soll. Die Sache haftet aber so sehr, daß sie sich gleichsam selbst dafür hingeben muß, damit durch ihren Untergang (consumtio civilis) der Gläubiger zu seiner Befriedigung gelange. Es soll ihm nämlich nöthigenfalls frei stehen, sie zu verkaufen, sich durch den Preis bezahlt zu machen und sich auf solche Art auf dem kürzesten Wege zu seiner Befriedigung selbst zu verhelfen. Das Product dieses Cautionsmittels ist das Pfandrecht (*Pignus*) oder dasjenige (dingliche) Recht, dessen unmittelbares Object die Sache des Schuld-

ners ist, welche dem Gläubiger wegen seiner Forderung Sicherheit gewähren soll. Diese Sicherheit kann auf doppelte Art bewirkt werden. Entweder wird dem Gläubiger eine Sache hingegeben, die ihm Sicherheit gewähren soll, oder es wird ihm eine Sache zu diesem Zwecke bloß angewiesen, ohne daß ihm zugleich der Besitz derselben eingeräumt würde. Das Erstere, als das Einfachste und Natürlichste, war ursprünglich die einzige Art, wie namentlich bei den Römern (mit oder ohne lex fiduciae) die Verpfändung geschah, und zwar waren es ursprünglich, so scheint es, nur bewegliche Sachen, welche verpfändet und dem Gläubiger zum Pfande hingegeben wurden [1]). Daß dem Gläubiger die Sache des Schuldners verhaftet ist, obgleich er sie nicht besitzt, und obgleich sie ihm nicht übergeben ist, ist eine Vorstellung, die einem rohen Zeitalter wenig angemessen ist, und wozu die Römer erst in spätern Zeiten fortschritten.

Je nachdem nun dem Gläubiger eine Sache zu seiner Sicherheit bloß angewiesen oder ihm zugleich der Besitz derselben eingeräumt ist, zerfällt das Pfandrecht nach der gewöhnlichen Theorie in die beiden Arten: Hypothek und Pfandrecht im engern Sinne. Diese Unterscheidung kann zwar in den Schriften der Rechtsgelehrten oder als Terminologie beibehalten werden (und dies wird auch hier geschehen), zumal sie den Gesetzen selbst nicht fremd ist; für eine logisch richtige Eintheilung des Pfandrechts als Gattung in seine Arten kann sie aber nicht gelten, denn der Umstand, daß mit dem Pfandrecht Besitz der Sache verbunden ist, ist keine Qua-

1) Hiermit stimmt die legale Etymologie des Wortes pignus überein. *L.* 138. §. 2. *D. de V. S.* Pignus appellatum a pugno: quia res, quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

lität des Rechts selbst, und das dingliche Recht, wovon hier nur die Rede ist, bleibt ganz dasselbe, es mag der Gläubiger bei seinem Pfandrecht sich im Besitz der Sache befinden, oder nicht; es fehlt daher zwischen diesen vermeintlichen Arten des Pfandrechts an einer differentia specifica [2]).

Mit dem Pfandrecht steht in naher Verwandtschaft dasjenige Recht, vermöge dessen Jemand befugt ist, eine fremde Sache, oder eine solche, die er einem Andern zu geben schuldig ist, nicht eher aus seinem Besitz zu entlassen, bis er wegen desjenigen, was ein Anderer ihm von seiner Seite zu leisten verbunden ist, befriedigt worden, mit einem Worte: das Retentionsrecht [3]). Das Retentionsrecht ist, gleich dem Pfandrecht, darauf berechnet, den Gläubiger durch die Sache des Schuldners sicher zu stellen. Dieser Zweck soll hier aber bloß durch Vorenthaltung des Besitzes der Sache erreicht werden. Hingegen das Pfandrecht afficirt die Sache selbst, es schließt das Retentionsrecht in sich, und gewährt dem Gläubiger die Befugniß, das Object seines Rechts gegen jeden Besitzer zu verfolgen [4]). Die nahe Verwandtschaft beider Rechte erklärt es, weshalb in den Gesetzen die Sache, an welcher der Gläubiger das Retentionsrecht ausüben darf, *quasi pignus* genannt, oder vielmehr vom Gläubiger gesagt wird, er dürfe die Sache *quasi pignus* zurückbehalten [5]), sie sey ihm *quasi pignoris loco* [6]). Ja, es gibt sogar Stellen, welche zwischen beiden Rechten überhaupt keinen

2) *L.* 5. §. 1. *D. de pign.* Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. §. 7. *I. de actionibus.* Inter pignus autem et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest.

3) S. *G. L. Boehmer* de jure retentionis ejusque effectu, §. 1. (in Ejus Electis jur. civ. tom. II. exercitatio XII.)

4) *Pufendorf* Obs. jur. un. tom. III. obs. 172. §. 1.

5) L. 13. §. 8. D. de act. emti et vend.

6) L. 15. §. 2. D. de furtis

Unterschied zu statuiren scheinen, Stellen, worin es vom retinirenden Gläubiger heißt, er dürfe die Sache *pignoris loco* oder *pignoris nomine* im Besitz behalten [7]). Diese Stellen dürfen uns indessen nicht irre machen. Der retinirende Gläubiger hat deshalb immer kein wahres Pfandrecht; es ist nur von etwas Aehnlichem die Rede, was mit dem Ausdruck: pignus uneigentlich bezeichnet wird. Daß die Gesetze den Unterschied zwischen dem Retentionsrecht und dem Pfandrecht wirklich anerkennen, erhellet theils aus der Vergleichung dieser zuletzt erwähnten mit jenen zuerst angeführten Gesetzstellen, worin bei Gelegenheit des juris retentionis gesagt wird, der Gläubiger dürfe die Sache dem Schuldner vorenthalten *quasi* pignus u. s. w., theils aus verschiedenen andern, welche dem Gläubiger ein Retentionsrecht einräumen, während sie ihm die actio hypothecaria oder ein Pfandrecht absprechen [8]).

§. 2.

Verschiedene Bedeutungen des römischen Wortes Pignus.

Das römische Wort *Pignus* bezeichnet:

1) im subjectiven Sinn das Pfandrecht oder das Recht an der verpfändeten Sache [1]), und dessen Arten sind, nach der gewöhnlichen Theorie, das Pfandrecht im engern Sinn und die Hypothek;
2) im objectiven Sinn und zwar im weitern die verpfändete Sache oder das Pfand, und im engern die verpfändete Sache, deren Besitz dem Gläubiger

7) L. 22. D. de hered. vel act. vend. L. 31. §. 8. D. de aedilitio edicto. L. 5. D. de dote praelegata.

8) Siehe z. B. L. 1. pr. D. de pign. L. 1. C. Si aliena res pign.

1) L. 1. D. de pign. act. L. 22. D. de pign. et hyp.

eingeräumt ist, welche im Deutschen, besonders wenn es eine bewegliche Sache ist, das Faustpfand genannt wird, wohingegen hypotheca im objectiven Sinn die verpfändete Sache bezeichnet, deren Besitz dem Gläubiger nicht eingeräumt ist [2]). Bisweilen werden die Ausdrücke pignus und hypotheca ohne Unterschied oder als gleichbedeutend gebraucht [3]);

3) im formellen Sinn den contractus pignoratitius, oder denjenigen Realcontract, wodurch dem Gläubiger eine Sache zum Pfande hingegeben wird [4]), und diesem steht gegenüber das pactum hypothecae, oder derjenige Vertrag, wodurch Jemandem eine Sache verpfändet wird, ohne daß ihm zugleich der Besitz derselben eingeräumt würde.

§. 3.

Accessorische Natur des Pfandrechts.

Das Pfandrecht soll zur Sicherheit der Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen. Es setzt daher eine Verbindlichkeit voraus, welche durch dasselbe zur Hauptverbindlichkeit, und ein correspondirendes (persönliches) Recht, was durch dasselbe zum Hauptrecht wird. Ohne Hauptverbindlichkeit und Hauptrecht gibt es kein Pfandrecht. Es ist ein bloßes jus accessorium, gleich der Bürgschaft, mit welcher es, wiewohl von einer ganz andern Seite als das Retentionsrecht, sehr nahe verwandt ist. Bei der Bürgschaft ist es eine Person, beim Pfandrecht eine Sache, welche accessorisch verpflichtet wird.

2) §. 7. I. de act. L. 9. §. 2. D. de pign. act.

3) L. 7. §. 2. D. de pactis. L. 5. §. ult. D. de pign.

4) L. 1 §. 4. D. de pactis. L. 5. §. 2. D. commodati.

Beide stehen mit dem Hauptrecht, mit ihm fallen sie; sie richten sich ganz nach der Natur des Hauptrechts, an welches sie sich auf das Genaueste anschmiegen. Man kann sie daher mit dem die Dichtkunst liebenden und zugleich auch übenden Averani [1]) dem Epheu vergleichen, wie er sich um die stützende Ulme schlingt.

Die Hauptverbindlichkeit, welche das Pfandrecht voraussetzt, muß eine gültige seyn; ist die Hauptverbindlichkeit ungültig und also gar keine, so ist auch das Pfandrecht ungültig und als nicht vorhanden zu betrachten [2]). Das aber ist nicht grade erforderlich, daß die Verbindlichkeit vollkommen wirksam und klagbar sey; auch für eine bloß natürliche Verbindlichkeit oder für eine solche, die zwar dem Naturrecht gemäß ist, der aber die positiven Gesetze das jus agendi entzogen haben, ohne jedoch die Verbindlichkeit an und für sich oder gänzlich aufzuheben, besteht das Pfandrecht [3]). Zu den Fällen, in welchen vermöge der positiven Gesetze auch selbst die natürliche Verbindlichkeit wegfällt, gehört unter andern die Intercession der Frauenzimmer. Wie hier die durch Intercession contrahirte obligatio principalis, der Regel nach, ungültig oder doch unverbindlich ist, so gilt dasselbe auch von der zur Sicherheit der Intercession von der Intercedentinn geschehenen Verpfändung; sie darf daher die gegebenen Pfänder von jedem Besitzer vindiciren [4]). In welchen Fällen aber eine solche Intercession entweder gleich Anfangs, oder

1) *Quaest. jur. Lib. II. cap. XII. nro. I.* Sunt hae obligationes haederae similes: principalem obligationem sequuntur; ipsi tenaciter haerent; ea fulciuntur; ea subducta confestim intercidunt.

2) *L.* 129. §. 1. *D. de reg. jur.* Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

3) L. 5. pr. D. de pign. L. 14. §. 1. D. eod. L. 101. §. 1. D. de solut.

4) L. 32. §. 1. D. ad senatusconsultum Vellej.

doch in der Folge gültig und verbindlich ist oder wird, in denselben Fällen besteht auch das Pfandrecht.

Ehedessen lehrte man: ein Pfandrecht wegen einer bloß natürlichen Verbindlichkeit gelte dergestalt, daß der Gläubiger sich auch selbst der actio hypothecaria bedienen könne. Dieses lehrte unter den Galliern Doneau [5]), unter den Deutschen Bachov [6]), früher schon unter den Italienern Salicetus [7]). Also, wenn auch die Hauptschuld nicht klagbar ist, soll doch das Pfandrecht klagbar seyn können. Bachov beweis't seinen Satz durch die Berufung auf *L.* 13. *pr. D. de cond. ind.* [8]) und dadurch, daß beim Bürgen, der sich für eine bloß natürliche Schuld verbürgt hat, dasselbe gilt.

In neuern Zeiten war die Meinung herrschend geworden: das Pfandrecht für eine obligatio mere naturalis richte sich nach der Natur der Hauptverbindlichkeit; es könne durch Einrede und Zurückbehaltung, Verkauf der verpfändeten Sache, aber nicht durch eine Klage — die actio hypothecaria — geltend gemacht werden [9]). Und dieses würde allerdings der Natur des Pfandrechts, als eines accessorii, am angemessensten seyn. Weber sucht seine Behauptung dadurch zu beweisen, daß gegen einen dritten Besitzer eine Klage schon deshalb nicht Statt finden könne, weil die-

5) Com. jur. civ. lib. 12. cap. 2.

6) De pign. lib. 2. cap. 1. §. 2.

7) In auth. hoc si debitor C. de pign. nr. 9. qu. 10.

8) Naturaliter etiam servus obligatur et ideo, si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus (ut Pomponius scribit) ex peculio, cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fidejussor pro servo acceptus tenetur, et pignus pro eo datum tenebitur: et si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id, quod debeat, dederit, utilis pignoratitia reddenda est.

9) Westphal im Pfandrecht §. 10. Note 22. S. 33. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit 4te Aufl. §. 107. Derselbe zu Höpfner §. 793. in der Note.

ser begehren könne, daß ihm bei Räumung der Pfandstücke die Principalklage gegen den Schuldner abgetreten werde, und dazu sey der Gläubiger nicht vermögend, weil die Gesetze ihm selbst diese Klage versagen. Allein dieser Grund scheint nicht viel zu beweisen. Denn nicht zu gedenken, daß in der hieher gehörigen Stelle des Römischen Rechts [10]) nicht von einer Abtretung der Hauptklage, sondern der Forderung selbst — des juris nominis — die Rede ist, wird durch die Befugniß des belangten dritten Besitzers, wenn er den Gläubiger befriedigen und sich dadurch von der Klage frei machen will, vor der Zahlung die Abtretung der Rechte gegen den Hauptschuldner fordern zu können, die Klage selbst nicht bedingt, sondern es ist dies ein beneficium, was dem belangten dritten Besitzer gegen den Gläubiger zusteht, und ihm in Fällen dieser Art der Natur der Sache nach nicht zustehen kann und auch nur in dem Sinne nicht, wie Weber es nimmt. Die übrigen Beweise, namentlich in Hinsicht auf den Gläubiger selbst, sind von dem Senatusconsulto Macedoniano hergenommen, und scheinen nur auf dieses und ähnliche Fälle anwendbar zu seyn und keine allgemeine Gültigkeit zu haben. Denn solche Fälle, wo die Klage durch eine Einrede zerstört wird, weil das Gesetz die Ansprache mißbilligt, scheinen von den gewöhnlichen Fällen der obligatio naturalis sehr verschieden zu seyn. Vielmehr scheint es, aus den schon von Bachov angeführten Gründen, man müsse den Satz zugeben: das für eine obligatio mere naturalis bestellte Pfandrecht bewirkt auch eine Klage, die actio hypothecaria, und das Problem ist nur: wie ist es möglich, daß das Pfandrecht, als ein jus accessorium, klagbar seyn kann, wenn das Hauptrecht nicht klagbar ist. Es ist dies etwas Außerordentliches, daß das Pfandrecht

10) L. 19. D. qui pot. in pign.

durch eine Klage geltend gemacht werden kann, wenn auch das Hauptrecht nicht klagbar ist. Das Römische Recht folgt in Hinsicht auf das Pfandrecht ganz der natürlichen Billigkeit. Die actio hypothecaria gibt der Prätor: sie entspringt aus einem Vertrage; und der Prätor hält darüber, daß die Treue nicht verletzt wird [11]).

Die Hauptverbindlichkeit, welche das Pfandrecht voraussetzt, braucht nicht grade die eigne desjenigen zu seyn, welcher das Pfandrecht constituirt, es kann auch eine fremde seyn, genug, daß nur überhaupt eine Verbindlichkeit vorhanden ist [12]). Die Verpfändung seiner Sache für eine fremde Hauptverbindlichkeit ist aber eine Art von Intercession, und nach den Regeln von der Intercession zu beurtheilen [13]).

Es entsteht die Frage: kann für jede Verbindlichkeit, ohne Unterschied, worauf sie gerichtet ist, für jede obligatio dandi oder faciendi oder mixta, ein Pfand gegeben oder ein Pfandrecht bestellt werden, oder vielmehr nur für eine Geldschuld? — Die Gesetze lassen uns darüber in Ungewißheit und die Ausleger schweigen ganz davon. Marcianus lehrt zwar, daß „*pro quacunque obligatione*“ Sachen verpfändet werden können, hat aber dabei nicht sowohl den Inhalt, als vielmehr den Ursprung der Verbindlichkeit im Sinn [14]).

11) *AVERANI* Interpret. lib. 2. cap. 12. nro. 19.

12) L. 5. §. 2. D. de pign.

13) *L.* 8. *pr. D. Ad SCtum Vell.* Quamvis pignoris datio intercessionem faciat. — — *L.* 2. *D. quae res pign.* Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra senatusconsultum creditum est: an his succurratur, quaeritur? Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei; *sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio.* Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fidejussore ejus.

14) *L.* 5. *pr. D. de pign.* Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione: sive mutua pecunia datur, sive

Auch Ulpian entscheidet die aufgeworfene Frage nicht. Er sagt zwar: Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam, pignus dari potest: veluti si quis pignus alicui dederit, ut pro se fidejubeat [15]). Indessen scheint unter der *alia causa* hier keine Verbindlichkeit, die nicht Geldschuld ist, verstanden zu werden. Denn wenn der Bürge, weil er für den Hauptschuldner gezahlt hat, auf ihn zurückgeht und das Verlegte wiederfordert, so besteht seine Forderung ja auch in einer Geldforderung, und Ulpian scheint daher mit jenem Grundsatz nichts weiter sagen zu wollen, als daß ein Pfandrecht nicht bloß für eine gegenwärtige, sondern auch für eine künftige Schuld bestellt werden könne. Die Natur der Sache und der Zweck der Verpfändung scheinen zu ergeben, daß Pfänder nur zur Bedeckung einer Geldschuld dienen können, und wenn ja für eine Verbindlichkeit andrer Art ein Pfand gegeben wird, so kann es nur seyn für die Verbindlichkeit zur Entschädigung, die an die Stelle der ursprünglich übernommenen, im Fall sie nicht erfüllt wird, in subsidium tritt, von der man sagen kann, daß sie gleich Anfangs in der übernommenen enthalten war, und die man bei der Verpfändung für eine solche Verbindlichkeit nur vor Augen haben konnte. Pfänder sollen überhaupt dazu dienen, die Erfüllung einer Verbindlichkeit sicher zu stellen; nur muß diese Verbindlichkeit entweder ursprünglich eine Geldverbindlichkeit seyn, oder sich in eine solche verwandeln lassen.

dos, sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum: et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione; et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione vel honoraria, vel tantum naturali: sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit.

15) L. 9. §. 1. D. de pign. act.

Das Pfandrecht, als jus accessorium, kann ohne Hauptverbindlichkeit weder anfangen noch fortdauern. Es muß daher nothwendig von selbst aufhören, wenn die Hauptverbindlichkeit, zu deren Bedeckung es dienen sollte, in der Folge auf irgend eine Art erloschen ist. Der Satz läßt sich freilich nicht umkehren. Das Pfandrecht kann aufhören, und doch die Hauptverbindlichkeit fortdauern [16]). Denn diese ist selbstständig, jenes bedarf fremder Stütze.

Davon, daß mit der Hauptverbindlichkeit das Pfandrecht wegfalle, scheint die L. 2. C. de luitione pignoris die Möglichkeit des Gegentheils zu lehren. Dort heißt es:

> Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota.

Cujacius [17]) bringt die Stelle mit der nächst vorhergehenden in Verbindung [18]). Allein die Nachbarschaft kann hier nichts beweisen, da die leges Codicis bekanntlich bloß nach ihrem Alter auf einander folgen, und in der Stelle selbst liegt kein Grund, sie von solchen Fällen zu verstehen, da die Forderung theilweise erloschen ist. Einige haben mit jener Stelle die L. 7. C. de praescr. 30. vel 40. ann., wodurch der actio hypothecaria eine Dauer von vierzig Jahren beigelegt ward, in Verbindung gebracht. Dagegen hat Anton Faber bemerkt, daß eine Stelle, die von Gordian herrührt, nicht füglich aus Einrichtungen späterer Kaiser, nämlich des Theodosius, der die dreißigjährige Verjährung der Klagen, des Justinian, der die vierzigjährige der actio hypothecaria einführte (oder vielmehr erweiterte), erläutert

16) L. 25. C. de pign.

17) 5. obs. 32. 15. obs. 23.

18) *L. 1. C. de luit. pign.* Qui pro parte heres exstitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest.

werden könne [19]). Die meisten sind geneigt, jene Lehre des Gordian auf gewisse Fälle einzuschränken [20]). Averani bezieht sie besonders auf das Erlöschen der Klage durch Verjährung [21]). Andre nehmen an, der Sinn der Stelle sey bloß: ein Pfandrecht könne auch für eine natürliche Verbindlichkeit bestellt werden [22]). Allein diese Erklärung ist den Worten der Stelle nicht angemessen, worin nicht von der Entstehung des Pfandrechts, sondern von der Fortdauer desselben die Rede ist, nachdem die persönliche Klage aus dem Wege geräumt ist. Das *actionem summovere* paßt zu der Abweisung des Klägers durch Berufung auf die Verjährung der Klage. Es steht auch an einer andern Stelle *praescriptione* dabei [23]), wie auch Averani bemerkt hat [24]). Da dieser einschränkende Zusatz hier fehlt, so lassen wir den Satz billig allgemein gelten. Dunkel ist er nicht, sondern sehr deutlich. Wir dürfen uns nur an die Worte halten. Der Sinn der Stelle ist einfach dieser: das Pfandrecht hört deshalb nicht auf, wenn auch die persönliche Klage nicht weiter Statt findet. Der Fall, da die Klage durch Verjährung erloschen, ist hierunter begriffen. Denn wenn man auch annimmt, daß Gordian an die Verjährung der Klagen nicht gedacht habe, was doch daraus nicht nothwendig folgt, daß es damals noch keine Verjährung der Klagen von dreißig Jahren gab,

19) *Anton Faber* Conjecturae l. 7. cap. 18. S. auch v. Löhr Einiges zu der Lehre von der Klagenverjährung § 7. (Archiv für die civilistische Praxis Bd. 10. S. 82 folg.)

20) *Anton Faber c. l. Perez* ad h. t. Cod. nr. 3. Westphal im Pfandrecht §. 9. Note 21.

21) *Averani* Interpret. lib. 2. cap. 12. nr. 17—21.

22) S. v. Löhr Einiges zur Lehre von der Klagenverjährung §. 7. (Archiv für die civilistische Praxis Bd. 10. S. 82 folg.)

23) L. 21. C. de evict.

24) *Averani* a. a. O.

und keine Verjährung der actio hypothecaria von vierzig, so ist doch der von ihm aufgestellte Grundsatz von der Art, daß er auch auf die Verjährung der Klagen Anwendung findet. Der Satz selbst hat nichts Auffallendes für denjenigen, welcher mit den Lehren von Paulus und Marcellus in gewissen Stellen der Pandecten bekannt ist. Wir sehen 1) aus dem, was Paulus lehrt, daß der Gläubiger von einem Dritten, der den verpfändeten Sclaven getödtet hat, mit der actio ex lege Aquilia Entschädigung fordern kann, wenn der Schuldner unfähig ist, ihm die Schuld zu bezahlen, oder eine persönliche Klage gegen den Schuldner nicht weiter Statt findet, weil er sie bereits angestellt, sich aber im Proceß versäumt hat, ihm also daran gelegen war, daß der Sclave nicht getödtet ward, weil er sich noch an diesen, und nur an diesen, seiner Befriedigung wegen, hätte halten können [25]). Wir sehen 2) aus dem, was Marcellus lehrt, daß der Gläubiger gegen den Schuldner mit der actio ad exhibendum klagen kann, wenn dieser den verpfändeten Sclaven tödtet, und mit der actio ex lege Aquilia auf Entschädigung, wenn er ihn verstümmelt und ihm dadurch die Wahrnehmung

25) *L.* 30. §. 1. *D. ad legem Aquiliam.* Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur? Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et, quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori; ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.

seines Pfandrechts beeinträchtigt, nachdem er die persönliche Klage erhoben und den Proceß verloren hatte.

Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, *quia forte causa ceciderat.* Non existimo rem indignam esse animadversione et *auxilio* Praetoris [26]).

Woraus folgt, daß eine Geltendmachung des Pfandrechts, nachdem mit der persönlichen Klage geklagt und dieser Proceß verloren war, Statt findet. Es gehört hierher endlich 3) was Paulus von einem Pfandgläubiger lehrt, der, vom Schuldner zum Erben (zum heres fiduciarius) eingesetzt, die Erbschaft, ohne sich wegen seiner Forderung vorzusehen, durch Zwang angetreten und sie darauf einem Andern, wie ihm vom Erblasser aufgegeben war, wieder abgetreten hat. In Folge der Antretung war seine Forderung durch confusio erloschen; dennoch dauert das Pfandrecht fort. Genug, sagt der Rechtsgelehrte, daß er nicht befriedigt ist. Er kann daher nicht nur, wenn er das Pfand in Händen hat, es dem Erben vorenthalten, sondern auch, im Fall er es nicht besitzt, es mit der actio hypothecaria verfolgen; auch findet keine Zurückforderung des Gege-

26) *L.* 27. *D. de pign.* Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit; et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest persequendum? Quid si eum interfecisset aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni injuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio Praetoris. Ulpianus notat: si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur: si merentem, non tenebitur.

benen Statt. Um das Pfandrecht aufrecht zu erhalten („propter pignus"), sagt Paulus, muß hier eine natürliche Hauptverbindlichkeit als fortdauernd angenommen werden [27]). — An diese Aeußerungen der Rechtsgelehrten in den Pan-

27) *L.* 59. *pr. D. Ad Senatus C. Trebell.* Debitor sub pignore, creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae (id est testatoris): cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu Praetoris adiit et restituit, cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, jure dominii id possidere. Respondi: Aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor, idemque heres, rem, sive non possidet: videamus de effectu rei: et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest: neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio: neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur; quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor: sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim, non esse solutam pecuniam: quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius *de indemnitate* esset ei cautum, vel soluta pecunia esset. Nam et cum de lucro heres scriptus adsit, quod forte legatum accepit, si heres non extitisset: Responsum est, non esse cogendum adire, nisi legato praestito: ubi quidem potuit dici, nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adiisset, in ipsius voluntate posuit aditionem: sed cum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei praestamus. Eine ausführliche Erklärung dieser Stelle bei Westphal im Pfandrecht §. 9. in der Note S. 27 folg. Anton Faber (Conjecturae lib. 7. cap. 16.) tadelt den von Paulus angeführten Grund. Durch die confusio erlischt die Verbindlichkeit gänzlich; auch selbst die natürliche. L. 21. §. 3. D. de fidejussor. Wie kann hier also eine Verbindlichkeit fortgedauert haben? Es ist ungereimt, zu sagen, die Verbindlichkeit daure in Hinsicht auf das Pfandrecht fort; in andrer Hinsicht höre sie auf. So Anton Faber. Allein wenn man die Worte des Paulus so erklärt, wie im Text geschehen ist, läßt sich der von ihm angeführte Grund wol hören. Paulus will etwa sagen: die Verbindlichkeit hat freilich, der Strenge

decten schließt sich nun die allgemeine Lehre des Gordian an: *Vincula pignoris durant, personali actione submota.*

Wir sehen aus allem so viel: Der Gläubiger, wenn er sich auch nicht mehr an die Person des Schuldners halten kann — so lange er nicht wirklich befriedigt ist, kann er sich doch noch an die Sache halten. Das Pfandrecht, welches auch durch eine natürliche Verbindlichkeit getragen wird, fällt nicht weg, weil die Forderung nicht mehr klagend verfolgt werden kann; es dauert vielmehr fort und kann selbst durch die actio hypothecaria geltend gemacht werden, so lange noch eine natürliche Billigkeit für den Gläubiger spricht, dem Schuldner eine obligatio naturalis zur Bezahlung obliegt.

nach, folglich auch das Pfandrecht, aufgehört. Aber es ist doch ungerecht, daß der Gläubiger, der immer nicht befriedigt ist, sein Pfandrecht verlieren soll. Um es aufrecht zu erhalten, ist kein andrer Ausweg übrig, als, der natürlichen Billigkeit wegen, eine Hauptverbindlichkeit, also eine natürliche, fortdauern zu lassen. Diese Ansicht scheint vor derjenigen den Vorzug zu verdienen, welche Anton Faber aufstellt, wornach das Pfandrecht ohne alle Hauptverbindlichkeit fortdauern würde. Er sagt nämlich: Igitur fatendum est mancam esse totam illam Pauli ratiocinationem. Nisi aliam rationem addas, quam nec ipse praetermisit, sed ut prioribus omnibus inserviret ultimo loco subjecit iis verbis: *Verum est enim non esse solutam pecuniam.* Cujus, meo judicio, hic sensus est: Oportere quidem, ad pignoris constitutionem, ut praecedat obligatio aliqua sive naturalis tantum illa sit, sive etiam civilis, sed eo semel constituto tamdiu durare ipsius nomine actionem, quamdiu verum est non esse solutam pecuniam, aut aliter eo nomine satisfactum: tametsi tota obligatio quae praecesserat juris et confusionis potestate interciderit et penitus extincta sit. Habet enim hypothecaria et quasi Serviana perpetuas illas suas conditiones, si soluta pecunia aut satisfactum sit, quibus cessantibus tenet. *l. grege* 13. §. *etiam ubi Bart. l. si fundus* 15. §. *in vindicatione D. de pign.* adeo ut nec pignorum liberatio competat, si qua ratione solutio facta revocetur. *l. Titius* 21. *D. de jure fisci.*

Es gehört aber hieher nicht jeder Fall, da der Gläubiger die persönliche Klage erhoben und seine gute Sache verloren hat. Hat er sie durch den Ausspruch des Richters verloren, so findet nicht nur keine Klage weiter Statt, sondern die Forderung selbst ist als gänzlich getilgt anzusehen. Wenn dem Kläger durch richterlichen, obgleich ungerechten, Ausspruch eine Forderung abgesprochen ist, so muß auch das Pfandrecht nothwendig aufhören, oder vielmehr, es ist ihm auch ein Pfandrecht abgesprochen und es kann gar nicht weiter in Frage kommen, ob ihm jemals ein Pfandrecht zugestanden habe. Dies kann gar keinen Zweifel leiden. Den deutlichen Beweis enthält das römische Recht, welches den Grundsatz aufstellt: durch den Ausspruch des Richters, wenn er auch ungerecht ist, wird das Pfand frei [28]). Hingegen ist aus jenen Stellen des Paulus und Marcellus zu schließen, nämlich aus der erstern — L. 30. §. 1. D. Ad Legem Aquiliam — die natürliche Verbindlichkeit und das Pfandrecht mit der actio hypothecaria daure fort, wenn der Gläubiger im Proceß etwas versäumt, und aus der letztern — L. 27. D. de pign. — dies alles daure fort, wenn er im Proceß etwas versehen hat. Dieses (Versehen) scheint der Ausdruck *causa cadere*, der in dieser letztern Stelle vorkömmt, anzudeuten [29]). Hat nämlich der

28) L. 13. D. quibus modis pignus.

29) Das *causa cadere* ward besonders gebraucht, wenn der Kläger, weil er sich einer *plus petitio* schuldig machte, zur Strafe den Proceß verlor. §. 33. J. de act. *CIC.* 1. de orator. c. 36. *SENECA* ep. 48. *QUINCT.* lib. 3. cap. 6. S. auch *AVERANI* c. l. Mit der im Text geäußerten Ansicht stimmt überein, was Anton Faber lehrt (Conjecturae lib. 7. cap. 18.): At Gordianus eum casum significasse videtur, quo duret pignus etiam submota in totum personali actione. Accommodatius igitur exemplum illud est, si bonam litem creditor vitio suo amiserit et ob male dictatam actionem aut

Gläubiger bloß etwas versäumt oder versehen und ist er aus diesem Grunde mit seiner Klage abgewiesen, so kann ihm immer eine Forderung zustehen, deren Daseyn hier nothwendig vorausgesetzt wird; ist er aber mit seiner Forderung als einer ungegründeten abgewiesen, so macht die Rechtskraft des Urtheils, daß kein Richter die Wahrheit dieses Satzes in Zweifel ziehen kann. Ueberhaupt dauert die natürliche Verbindlichkeit und das Pfandrecht und die actio hypothecaria fort, wenn die Klage bloß dem strengen Rechte nach nicht weiter Statt findet, während der Gläubiger noch unbefriedigt ist. Die natürliche Verbindlichkeit dauert daher ohne Zweifel fort, wenn die Klage durch Verjährung erloschen ist, wie Bachov und Averani in Beziehung auf das Pfandrecht behaupten und Weber in Beziehung auf dieses und im Allgemeinen lehrt [30]). Der bloße Ablauf der Zeit ist nicht geschickt, die Verbindlichkeit zu tilgen [31]). Die natürliche Billigkeit spricht auch in diesem Fall für den noch nicht befriedigten Gläubiger, und da, wie aus dem Vorhergehenden erhellet, das Pfandrecht fortdauert, wenn die persönliche Klage nicht

quia litem deseruerit causa ceciderit. His enim casibus non idcirco liberatum pignus intelligitur, tametsi personalis actio submota sit l. qui occidit 30. §. 1. D. Ad leg. Aquil. l. si superatus 3. in princ. et §. 1. l. servum quem 27. D. de pig. l. si per imprudentiam 51. D. de evict. l. debitor 59. D. ad SC. Trebell. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si mandatu de solut. Cujus rei ratio illa reddi potest, quod licet personalis actio submota et amissa sit, ipsa tamen obligatio durat, cui pignus potest accedere. Separanda enim est obligatio ab actione, nec novum est, accedere pignus obligationi, etiamsi nulla actio sit, ut contingit cum principalis obligatio naturalis tantum est, ex qua constat actionem non dari, sed tantum exceptionem et retentionem.

30) *Bachov*. de pign. lib. 5. cap. 3. p. 369 sq. *Averani* Interpretat. lib. 2. cap. 12. nr. 17—21. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 92. 110. 111.

31) *Averani* c. l.

weiter Statt findet, weil der Gläubiger, als er damit klagte, sich im Proceß versäumt hat, oder, wie L. 30. §. 1. Ad Legem Aquiliam sagt: *si litem tempore amisit*, so sollte man wol glauben, es werde ebenfalls fortdauern, wenn er ausser einem Proceß versäumt hat, die Klage anzustellen und sie ihm durch den Ablauf der Zeit verloren gegangen ist [32]).

Wie sehr das römische Recht geneigt ist, in dieser Materie der natürlichen Billigkeit zu folgen und das Pfandrecht bis zur Befriedigung des Gläubigers fortdauern zu lassen, erhellet noch aus einer andern, hier nicht mit Stillschweigen zu übergehenden, merkwürdigen Stelle des Paulus.

Titius überließ dem Mevius (zugleich mit einer Erbschaft, die dem Mevius angefallen war und Titius ihm streitig gemacht hatte) im Vergleich ein zur Erbschaft nicht gehöriges, sondern ihm eigenthümliches Grundstück, welches er einem von Mevius beerbten Großvater (vor Jahren) verpfändet hatte. Mevius wußte nicht von dieser Verpfändung, und so geschah es, daß jenes Grundstück von einem andern Gläubiger des Titius, dem es später verpfändet worden, bei Gericht in Anspruch genommen und ihm abgestritten ward. Jetzt fiel dem Mevius unter den alten Schriften seiner Vorfahren der Schuldschein in die Hände, worin Titius das Grundstück seinem Ahnherrn verpfändet hatte. Es entstand also die Frage, ob Mevius, ohne die exceptio rei judicatae fürchten zu dürfen, das Grundstück von seinem

32) Soll übrigens das Pfandrecht nach erloschener Hauptklage noch durch die actio hypothecaria geltend gemacht werden können, so wird freilich immer vorausgesetzt, daß sie nicht etwa selbst durch Verjährung erloschen ist, da es für sie eine eigne Verjährung und eine eigne Verjährungszeit gibt. Und dieser Umstand allein schon deutet an, wie das Pfandrecht und die actio hypothecaria von der persönlichen Klage unabhängig sey.

Gegner mit der actio hypothecaria wiederfordern dürfe. Der Rechtsgelehrte sagt, ja. Denn der frühere Streit betraf nicht, wie wenn über das Eigenthum gestritten wäre, die Frage, ob dem Kläger die Sache mit Ausschluß seines Gegners gehöre, sondern ob sie ihm verpfändet sey, womit es sehr wohl vereinbarlich ist, daß sie dem Gegner früher verpfändet seyn kann.

Aber, es entsteht ein weit mehr erheblicher Zweifel, fährt der Rechtsgelehrte fort. Das ältere Pfandrecht des Mevius ist ja dadurch erloschen, daß er Eigenthümer der verpfändeten Sache geworden ist; wie kann er es also durch die actio hypothecaria geltend machen? Dennoch, sagt Paulus, steht ihm die Klage zu; die Sache ist ihm einmal verpfändet und er ist nicht befriedigt. *Verum est enim, et pignori datum, et satisfactum non esse* [33]).

33) *L.* 30. §. 1. *D. de exc. rei jud.* Latinus Largus: Cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est; in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo ejusdem Maevii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit; his gestis posterior Titii creditor jus suum persecutus est et obtinuit; post hoc judicium Maevius heres reperit in rebus avitis chirographum ejusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum: cum ergo constet, prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est: Quaero, an jus avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exequi possit? Respondi, si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronunciatum fuisset, diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatae exceptionem: quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet, quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem qui prius non obtinuit, peteret: non obesset ei exceptio: nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretnr. Cum autem pignoratitia

Man sieht, wie auch hier, grade wie im vorigen Fall, der Rechtsgelehrte geneigt ist, die strenge Rechtsregel, der Billigkeit wegen, bei Seite zu setzen.

Anton Faber [34]) stellt, gestützt auf diese Stelle, das Paradoxon auf: die *actio hypothecaria* sey — auch ohne Pfandrecht möglich; und so wie Paulus sich ausdrückt, hat er allerdings nicht Unrecht. Paulus hat — unbeschadet der Ehrfurcht gegen die majestas der römischen Rechtsgelehrten sey es gesagt — in diesem Fall so wenig, wie in dem vorigen, verstanden, die Rechtsregel mit der Gerechtigkeit auf eine geschickte Art zu vereinigen. Man muß sich die Sache so denken: Das Pfandrecht ist in diesem Fall nicht völlig erloschen. Der Grundsatz, daß, wenn der Gläubiger Eigenthümer der verpfändeten Sache wird, das Pfandrecht aufhört, beruht auf einem andern, nämlich, daß Niemand ein Pfandrecht *in re sua* haben kann, und hat hier nur den Sinn, daß er kein Recht gegen sich selbst haben kann — was eben als der letzte Grund jenes Satzes anzusehen ist —; hingegen im Verhältniß gegen andre und nachstehende Pfandgläubiger kann die frühere Verpfändung allerdings noch von Wirkung seyn. (Im entgegengesetzten Fall würde der Gläubiger durch den Erwerb des Eigenthums

actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de jure possessoris non sit quaesitum: quia non, ut in proprietatis quaestione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri: et probabilius dicitur, non obstare exceptionem: quoniam de jure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore: actio tamen pignoratitia competit: verum est enim, et pignori datum, et satisfactum non esse: quare puto non obstare rei judicatae exceptionem.

34) Conjectur. lib. 7. cap. 18.

in Gefahr gerathen, Eigenthum und Pfandrecht zugleich zu verlieren.) Wenigstens würden wir, vermöge der Stelle des Paulus, genöthigt seyn, uns die Sache so vorzustellen. Aus der Fortdauer der actio sind wir genöthigt, auf die Fortdauer des Rechts, was diese Wirkung hervorbringt, zurückzuschließen. Denn das ist doch ganz unmöglich, daß die actio, als das remedium, jus suum persequendi in judicio, ohne das Recht selber seyn könnte. Man möchte einwenden: das Recht brauche eben nicht fortgedauert zu haben; die actio hypothecaria entspringe, mit dem Pfandrecht selbst, aus einem Vertrage, welcher doch immer geschlossen sey, wenn auch das Pfandrecht aufgehört habe. Und diese Ansicht würde mit dem entscheidenden Grunde des Paulus: Mir ist die Sache verpfändet, und ich bin nicht befriedigt, folglich bin ich zur *actio hypothecaria* berechtigt, wenn man bei den Worten stehen bleibt, übereinstimmen. Allein, wie kann man aus einem Vertrage klagen, d. h. ein Recht aus einem Vertrage geltend machen, wenn dieses Recht aufgehört hat? Die actio hypothecaria setzt nothwendig ein Pfandrecht und zwar ein fortdauerndes voraus — wiederaufleben kann das einmal erloschene freilich nicht [35]) — wie dieses wiederum eine fortdauernde *obligatio* voraussetzt, sey sie auch nur *naturalis*. —

§. 4.

Fortsetzung. Pfandrecht für bedingte Forderungen.

Auch für eine bedingte Schuld kann ein Pfandrecht bestellt werden. Das Pfandrecht nimmt aber auch hier die Natur des Hauptrechts an, und ist daher gleichfalls als be-

35) L. 98. §. 3. D. de solut. L. 9. C. de remiss. pign.

dingt zu betrachten. Es kömmt nicht anders zur Wirklichkeit, als wenn die Bedingung eintritt, und also die obligatio principalis selbst wirklich wird [1]). Geht die Bedingung in Erfüllung, so wird sie auf den Zeitpunct des eingegangenen Geschäfts und des constituirten Pfandrechts zurückgerechnet. Hier stoßen wir aber auf einen sehr schwierigen Punct, nämlich, inwiefern dieser eben aufgestellte Satz wahr sey. Nach der gewöhnlichen Theorie wird die erfüllte Bedingung auf den Zeitpunct des geschlossenen Vertrags zurückgerechnet, wenn sie conditio casualis war oder mixta; hingegen conditio potestativa wird, wenn sie in Erfüllung geht, nicht zurückgerechnet, sondern hier wird auf das tempus implementi gesehen. Dabei verstehen jedoch nicht alle unter conditio potestativa dasselbe, sondern einige meinen damit eine solche Bedingung, deren Erfüllung von dem Willen der Contrahenten abhängt, andre eine solche, deren Erfüllung in der Macht des Schuldners steht. Die Folge wird lehren, daß es besser gewesen wäre, sich hier des Ausdrucks: conditio potestativa gar nicht zu bedienen, daß überhaupt diese ganze Theorie mangelhaft sey. Dies letztere scheint daher zu rühren, daß es an dem rechten Schlüssel zu dieser Materie, oder an der Kenntniß des Princips fehlt, aus welchem die mancherlei hier einschlagenden Gesetzstellen, als aus ihrer Quelle, geflossen sind; denn die gewöhnliche Theorie, wornach das Zurückrechnen der Bedingung auf Billigkeit beruht, welche in Fällen, wo es in der Macht der Contrahenten stand, die Bedingung früher zu erfüllen, wegfallen soll, ist nicht befriedigend [2]).

1) L. 5. pr. D. de pign. L. 13. §. 5. D. eod.

2) So sagt Averan Interpret. juris Lib. III. Cap. IX. §. 1. Neque enim aequitas, aut juris ratio suadet, ut retro fingatur ex-

Um hier aufs Reine zu kommen, ist es nöthig, von der Zurückrechnung der Bedingung im Allgemeinen zu handeln; denn was die Gesetze im Pfandrecht von der Zurückrechnung der Bedingung verordnen, ist nur Anwendung allgemeiner Grundsätze auf diese Materie, obwohl die Grundsätze, die von der Zurückrechnung der Bedingung bei Gelegenheit des Pfandrechts vorkommen, es hauptsächlich sind, aus denen die ganze Lehre von der Zurückrechnung der Bedingung überhaupt zu schöpfen ist.

Wird einem rechtlichen Geschäft eine conditio suspensiva, — denn von dieser reden wir hier, nicht von derjenigen, wodurch ein Geschäft, was an sich purum und perfectum ist, wenn sie in Erfüllung geht, wieder aufgelöst wird, also nicht von der conditio resolutiva, von welcher die Entstehung eines Pfandrechts nicht, wohl aber die Fortdauer desselben abhängen kann, und wovon hier nichts Besonderes zu bemerken ist, — hinzugefügt, so ist das negotium imperfectum, so weit es bedingt ist, bis die Bedingung in Erfüllung gegangen ist. Es bringt daher dieses Geschäft, so weit es bedingt ist, vor der Hand keine rechtlichen Wirkungen hervor. Das Recht, was an eine Bedingung gebunden war, existirt nicht, dum pendet conditio, — und noch weniger kann auf Realisirung desselben geklagt werden. Pendente conditione dies neque cedit, neque venit [3]). Es ist vor der Hand bloß die Hoffnung zu einem künftigen Recht begründet [4]), und diese Hoffnung darf demjenigen, für den sie

stitisse conditio, quam antea poterat debitor implere, si ante voluisset nasci obligationem. Non convenit, legem fingere, quod nos facere noluimus.

3) L. 213. pr. D. de Verb. Sign. — L. 13. §. 5. D. de pign. et hyp. L. 9. pr. D. de rebus cred.

4) §. 4. I. de Verb. Obl.

begründet ist, nicht entzogen werden [5]); es darf daher auch der Mitcontrahent von dem bedingten Vertrage einseitig nicht zurücktreten. Wenn aber die Bedingung in Erfüllung geht, so wird das negotium, was bisher imperfectum war, perfectum [6]), aus dem künftigen Recht ist jetzt ein gegenwärtiges geworden; ja es ist nun so anzusehen, als sey das negotium gleich Anfangs purum atque perfectum gewesen [7]), und dies ohne Zweifel deshalb, weil es die Absicht der Contrahenten war, gleich Anfangs gebunden seyn zu wollen, unter der Voraussetzung, die nun eingetreten ist. Natürlich wird aber immer vorausgesetzt, daß der Perfection des Vertrags nichts weiter im Wege stand, als das nun beseitigte Hinderniß der nicht erfüllten Bedingung. Es muß vielmehr, von der Bedingung abgesehen, alles Uebrige vorhanden seyn, was zur Substanz und Gültigkeit des Geschäfts gehört. Zur Substanz eines Vertrags gehört unter andern, daß es an der veritas consensus nicht fehle, und daß namentlich der Schuldner sich wirklich verbindlich gemacht habe. Die römischen Gesetze stellen daher den Grundsatz auf, daß ein solcher Vertrag keiner sey, wobei es mittelbar oder unmittelbar in den Willen des Promittenten gestellt ist, ob er verbunden seyn wolle. Daher ist der Kaufcontract ungültig oder vielmehr gar keiner, bei welchem die Bestimmung des Preises dem Käufer überlassen ist. Umgekehrt ist es auch kein verbindlicher Kaufcontract, wenn der Verkauf von künftiger Willensbestimmung des Verkäufers abhängig gemacht ist. Denn bei zweiseitigen Verträgen, wie der Kaufcontract ist, wobei jeder Contrahent zugleich Schuldner und Gläubiger ist, ist es natürlich einerlei, in wessen Willen der Umstand gestellt ist, ob

5) L. 85. §. 7. de Verb. Obl.
6) L. 7. pr. D. de contrah. emt.
7) L. 8. pr. D. de per. et com. rei vend.

er aus diesem Contract verbunden seyn wolle. Ob nun aber gradezu gesagt ist, es solle vom Willen des Promittenten abhängen, ob er verbunden seyn wolle, oder unter der Form einer Bedingung, deren Erfüllung von seiner Willkühr abhängt, kann nur ganz gleichgültig seyn [8]). Geht also eine Bedingung in Erfüllung, die in der Macht des Schuldners stand, so ist es sehr natürlich, daß eine solche Bedingung nicht zurückgerechnet werden könne, weil man nicht sagen kann, daß der Schuldner schon gleich Anfangs habe verbunden seyn wollen. Es sollte vielmehr erst von seiner künftigen Willensbestimmung abhängen, ob er verbunden seyn wolle, und daher kann er auch erst jetzt, nachdem die Bedingung in Erfüllung gegangen ist, anfangen, es zu seyn. Eigentlich kann man eine solche Bedingung aber gar nicht einmal eine Bedingung nennen, weil diese einen, von der Bedingung ab-

8) *L.* 108. §. 1. *D. de Verb. Obligat.* Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.

L. 35. §. 1. *D. de contrah. emt. et vend.* Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum

L. 7. *pr. D. eod.* Haec venditio servi, *si rationes domini computasset arbitrio*, conditionalis est, conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. Sed utrum haec est venditionis conditio, *si ipse dominus putasset, suo arbitrio?* an vero, *si arbitrio boni viri?* nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est: quemadmodum si quis ita vendiderit, *si voluerit*, vel stipulanti sic spondeat, *si voluero*, decem dabo. *Neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus.* Placuit igitur veteribus, magis in arbitrium boni viri id collatum videri, quam domini etc. etc.

L. 8. *D. de oblig. et act.* Sub hac conditione, *si volam*, nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis.

L. 13. *C. de contrah. emt.* In vendentis, vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est: Idcirco dominus invitus ex hujusmodi conventione rem propriam vel quilibet alius distrahere non compellitur.

gesehen, gültigen und verbindlichen Vertrag voraussetzt. Man kann nicht sagen, daß derjenige auch nur bedingt verbunden sey, welcher erklärt hat, daß er nur verbunden seyn wolle, wenn er sich in Zukunft durch Worte oder Handlungen für verbunden erklären werde.

Hiernach kann man als Regel annehmen, jede Bedingung, wenn sie in Erfüllung geht, wird auf den Zeitpunct des eingegangenen Vertrags zurückgerechnet, und zwar als Regel ohne Ausnahme, wenigstens ist die Ausnahme nur scheinbar. Will man aber diese scheinbare Ausnahme hinzufügen, so muß man sagen, es sey denn, daß die Bedingung von der Art ist, daß sie in der Macht des Schuldners steht, und es also von dem Willen desselben abhängt, nicht verbindlich zu werden. Auf die Person des Schuldners kömmt es hiebei an, nicht auf die Person des Gläubigers. Ist die Bedingung von der Art, daß die Erfüllung derselben von dem Willen des Gläubigers abhängt, z. B. hat Titius dem Mevius 1000 Rthlr. versprochen, wenn er eine gewisse Reise unternehmen würde, so sieht ein jeder leicht, daß ein solcher Vertrag gültig, und der Schuldner nicht berechtigt sey, von dem Vertrage zurückzutreten. Ein solche Bedingung ist nicht nur eine wahre Bedingung, sondern sie ist auch diejenige Bedingung, welche allein nur conditio potestativa genannt werden kann, und in den Gesetzen mit diesem Namen bezeichnet wird. Die Gesetze nennen conditio potestativa eine solche, deren Erfüllung in der Macht desjenigen steht, dessen Recht von der Erfüllung der Bedingung abhängen soll [9]),

9) *L. un. §. 7. C. de caduc. toll.* Sin autem aliquid *sub conditione* relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta: quarum eventus ex fortuna, vel ex *honoratae* personae voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die: expectari oportet conditionis

und eine conditio potestativa in diesem Sinn kann und muß allerdings zurückgerechnet werden [10]).

Die Rechtsgelehrten sind hiernach in mehr als einem Irrthum befangen. Denn einmal irren diejenigen, welche annehmen, daß keine Bedingung zurückgerechnet werde, deren Erfüllung in der Macht des einen oder des andern der Contrahenten steht. Sie irren ferner, indem sie gleichwohl annehmen, daß eine conditio mixta, wenn sie in Erfüllung geht, zurückzurechnen sey. Wie conditio potestativa diejenige ist, deren Erfüllung in der Macht des Gläubigers steht, so ist conditio mixta hingegen diejenige, bei deren Erfüllung der Wille des Gläubigers und ein Ereigniß, was nicht von seinem Willen abhängt, zusammenkommen müssen. In diesem Sinne muß die conditio mixta, gleich der potestativa, allerdings zurückgerechnet werden. Allein in diesem Sinne nehmen jene den Ausdruck nicht, sondern sie verstehen darunter eine Bedingung, die von dem Willen des einen Contrahenten, und dies kann auch der Schuldner seyn, und vom Zufall zugleich abhängt. Nun aber ist es sehr leicht zu ermessen, daß eine conditio mixta, die theils vom Schuldner, theils vom Zufall abhängt, nicht zurückgerechnet werden könne, daß vielmehr von ihr dasselbe gelten müsse, was von der Bedingung gilt, die bloß vom Willen des Schuldners abhängt. Eine conditio mixta in diesem Sinne kann ohne den Willen und das Zuthun des Schuldners nicht in Erfüllung gehen, und es hängt also auch hier von seinem Willen ab, ob er verbunden seyn wolle, oder nicht. Indessen sind nicht alle

eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem; ut tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus exstiterit etc.

10) *Hartmann Pistor.* Quaest. jur. III. 14. nr. 23. nota *a.*

Rechtsgelehrte in dieser Hinsicht im Irrthum. Hartmann Pistor [11]) hat sich von diesem Fehler schweigend frei erhalten, und Bolley [12]) erklärt ausdrücklich, daß, nach seiner Meinung, die conditio potestativa und die gemischte Bedingung, wie er sich ausdrückt, unter dieselbe Kategorie gehören. Ferner irren auch diejenigen, welche zwar nur diejenige Bedingung nicht zurückgerechnet wissen wollen, deren Erfüllung vom Willen des Schuldners abhängt, aber diese Bedingung für eine conditio potestativa ausgeben. Endlich ist der Grund, weshalb die Bedingung bald zurückzurechnen, und bald nicht, nicht richtig angegeben [13]). Die bloße Billigkeit bleibt überhaupt, so lange als irgend möglich, bleibt wenigstens hier billig ganz aus dem Spiel, und der Grund, weshalb die Bedingung zurückzurechnen, beruht auf dem Willen der Contrahenten, die in Voraussetzung des künftigen ungewissen Ereignisses gleich Anfangs gebunden seyn wollten, woraus denn von selbst folgt, daß die Bedingung nicht zurückzurechnen, wenn sie gleich Anfangs nicht gebunden seyn wollten.

11) In der angeführten Qu. 14.

12) Von öffentlichen Unterpfändern §. 113. Note *k*.

13) Von Hartmann Pistor scheint es jedoch, daß er die Wahrheit erkannt habe, oder ihr sehr nahe gewesen sey. In der angeführten Qu. 14. nr. 26. sagt er z. B. — — — Juxta quam ejus, cur ejusmodi potestativa conditio non retrotrahatur, haec insuper potest reddi ratio, *quia deficit extremum habile, ad quod referri potest conditio existens.* Nam cum in potestate debitoris sit, ut non implendo poenitere et efficere possit, ut nulla videatur contracta obligatio, atque adeo, priusquam perficiatur contractus, nulla sint jacta fundamenta obligationis, *quae ipso conventionis tempore aliquo modo devinctum teneant promittentem*, mirum certe non est, cur ad id, *quod ne existit quidem*, non trahatur retro conditio deinde existens. *Ad hoc enim, ut retrotrahatur aliquid, duo extrema habilia a quo et ad quod requiruntur*, ut tradunt uno ore Interpretes in *l. Si is, qui pro emtore* (L. 15. D.) *de usurpat*, translativam hanc appellantes fictionem.

Die allgemeinen Grundsätze von Bedingungen sind nun in den Gesetzen auf das für eine bedingte Schuld constituirte Pfandrecht consequent angewandt. Wird für eine bedingte Schuld ein Pfandrecht constituirt, und die Bedingung geht in Erfüllung, so wird auf den Zeitpunct des geschlossenen Vertrags gesehen, und es ist eben so gut, als wäre gleich Anfangs rein und unbedingt das Hauptrecht nebst dem accessorischen erworben. Eine Folge davon ist, daß, wenn der Schuldner in der Zwischenzeit, ehe die Bedingung erfüllt ward, einem Andern ein Pfandrecht an demselben Object ertheilt hat, dieses Pfandrecht, obgleich es pure ertheilt ist, dem unter einer erfüllten Bedingung constituirten, als dem ältern, dessen Anfang sich vom Augenblick des geschlossenen Vertrags datirt, nachstehen muß. Den Beweis dieser Sätze liefern folgende Gesetzstellen:

1. *L.* 11. §. 1. *D. qui pot. in pign. Gajus.*

Videamus, an idem dicendum sit [14]), si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit: qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam: tunc deinde prioris stipulationis existat conditio: ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. Cum enim semel conditio existit: perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Quod et melius est.

2. *L.* 9. §. 1. *eod. Africanus.*

Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat [15]), adversus eum, cui postea quicquam

14) Das Principium dieser L. 11., worauf sich dies bezieht, folgt weiter unten im Text.

15) Das Putabat geht auf *Salvius Julianus*, dessen Schüler Africanus war, den er immer im

deberi coeperit: si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.

Die oben aufgestellten Grundsätze erklären es, wie in der ersten Stelle Cajus den Satz, daß die erfüllte Bedingung zurückgerechnet werde, als allgemein gültig aufstellen konnte, während in der letzten Stelle Africanus eine Ausnahme hinzufügt. Diese Ausnahme ist nämlich nur scheinbar. Zugleich geben die Schlußworte der letzten Stelle:

si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit,

zu erkennen, daß nicht bloß die Bedingung, deren Erfüllung allein in der Macht des Schuldners steht, sondern auch die conditio mixta, wenn man darunter eine solche versteht, zu deren Erfüllung der Wille des Schuldners und der Zufall oder der Wille eines Dritten zusammenwirken müssen, mit gemeint sey. Die Worte:

Conditio, quae invito debitore impleri non potest,

sind auf die conditio mixta, in diesem Sinn, mit ganzer Stärke anwendbar.

Bei Legaten wird die erfüllte Bedingung nicht zurückgerechnet [16]); allein wenn der Erbe für die Sicherheit des Vermächtnisses dem Legatar eine Hypothek bestellt, und diese Hypothek, weil sie die Natur der Hauptschuld annimmt, ebenfalls eine bedingte ist, so treten andere Grundsätze ein. In der L. 9. §. 2. Qui pot. in pign. heißt es:

Sed etsi heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam

Sinn hat, wenn er sagt: existimavit, negavit, putavit etc. etc. Westphal im Pfandrecht Kap. I. §. 2.

16) L. 14. §. 3. D. Quando dies legat. L. 3. C. de condit. incert.

pignori dedit, ac post conditio legatorum existit: hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.

Dies ist nicht widersprechend; denn hier kommt bloß das Versprechen des Erben in Betrachtung, und es ist ebenso, als wenn er unmittelbar für eine bedingte Schuld ein Pfandrecht constituirt hätte. Die erfüllte Bedingung wird zurückgerechnet, weil dies überhaupt bei Verträgen geschieht, wohin dieser Fall mit gehört [17]); sie wird zurückgerechnet bis auf den Zeitpunct, da der Erbe das Pfandrecht constituirte.

Setzen wir den Fall, der Schuldner habe für eine bedingte Schuld ein Grundstück verpfändet, jetzt veräussert er dasselbe und darauf geht die Bedingung in Erfüllung. Wird auch in diesem Fall, zum Nachtheil des neuen Erwerbers, die erfüllte Bedingung zurückgerechnet, und wird ein Pfandrecht, durch den vormaligen Eigenthümer vor der Veräusserung bestellt, noch nach der Veräusserung entstehen können? Die Beantwortung dieser Frage kann keinen Augenblick zweifelhaft seyn. Bleibt uns gleich für diesen besonderen Fall das römische Recht auf unsre Frage die Antwort schuldig, so sind wir doch mit leichter Mühe im Stande, aus den Grundsätzen desselben sie uns selber zu geben. Der erste Grundsatz ist, wie wir gehört haben: die erfüllte Bedingung wird zurückgerechnet, oder, wie es in jener Stelle des Gajus heißt: Cum semel conditio existit: perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; in Folge dessen ist, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, nicht bloß die Hauptverbindlichkeit, sondern auch das Pfandrecht schon damals, als es (bedingt) be-

17) *AVERAN.* c. l. nr. 13.

bestellt ward, entstanden; und der zweite: Transit res cum suo onere. Der erste Grundsatz gilt nicht bloß zum Nachtheil eines in der Zwischenzeit bestellten neuen Pfandrechts, wenn gleich das römische Recht ihn auf diesen Fall allein nur angewandt hat, sondern bei einer in der Zwischenzeit geschehenen Veräusserung gilt er in einem noch höheren Grade, und auch ein neuer Erwerber muß ihn, nebst dem zweiten, gegen sich gelten lassen. Sollte er zu seinem Nachtheil nicht gelten, so hätte das römische Recht, nachdem es einen Grundsatz aufgestellt, der für alle Fälle gelten muß, wo es möglich ist, ihn anzuwenden, den neuen Erwerber besonders davon ausnehmen müssen. Dies ist aber nicht geschehen; auch giebt es dazu keinen Grund; vielmehr würde es ungerecht seyn. Der Schuldner, welcher sich unter der Bedingung verbindlich gemacht, durfte nichts vornehmen, wodurch das Recht, was er dem andern eingeräumt hatte, im Entstehen gehindert, noch, wenn es entstanden, beeinträchtigt wird. So wenig er es durch Ertheilung eines neuen Pfandrechts verringern durfte, eben so wenig (ja noch weniger) durfte er es durch Veräusserung des Gegenstandes ganz zu nichte machen.

Von dem Fall einer für eine bedingte Schuld constituirten Hypothek ist zu unterscheiden ein andrer, da für eine unbedingte Schuld ein Pfandrecht unter einer Bedingung constituirt wird. Auch hier kommt das Pfandrecht nicht anders zur Wirklichkeit, als wenn die Bedingung in Erfüllung geht, und es kann daher der Gläubiger vor dem Eintreten der Bedingung mit der actio hypothecaria nicht klagen, wie die L. 13. §. 5. D. de pign. ausdrücklich zu erkennen gibt. Geht die Bedingung in Erfüllung, so ist sie auf den Zeitpunct des geschlossenen, auf Verpfändung gerichteten Vertrags zurückzurechnen, auf eben die Art und unter

denselben Modificationen, wie dies bei der für eine bedingte Hauptschuld constituirten Hypothek der Fall ist [18]). Hierin sind aber nicht alle einverstanden; sondern manche geben für diesen zweiten Fall eigne Regeln. Dahin gehört Hofacker [19]), welcher, unter Berufung auf L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign., annimmt, daß, wenn das Pfandrecht selbst unter einer Bedingung bestellt wird, zu unterscheiden sey, ob es an dem bloßen Vertrage, wodurch das Pfandrecht bestellt wird, genug sey, um das Pfandrecht hervorzubringen, oder ob noch ein factum hinzukommen müsse, wie bei der Verpfändung der invecta und illata von Seiten des Pächters; im erstern Fall werde ohne weitern Unterschied, wenn die Bedingung in Erfüllung gehe, auf den Zeitpunct des Vertrags gesehen, im letztern komme der Zeitpunct in Betrachtung, an welchem das factum vor sich gegangen ist. Allein, wie läßt es sich glauben, daß von dem bedingten Nebenvertrage etwas Anderes gelten sollte, als von dem bedingten Hauptvertrage, und daß andre Grundsätze eintreten sollten, wenn das ertheilte Pfandrecht bedingt ist, weil es die Hauptschuld ist, und andre, wenn es bedingt ist, weil es gradezu an eine Bedingung gebunden ist. Auch enthält die L. 11. §. 2. keinen Grund zu der aufgestellten Unterscheidung, bestätigt vielmehr, daß in beiden Fällen dieselben Grundsätze Anwendung finden. Es heißt daselbst:

> Si colonus convenit, *ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent,* et ante, quam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: quia non ex conventione priori

18) *Hartmann Pistor.* Quaest. jur. III. p. 371. und 391.

19) Princ. jur. civ. tom. II. §. 1206.

obligatur, sed ex eo, quod inducta res est: quod posterius factum est.

Wenn der Pächter dem Verpächter ein Pfandrecht bestellt an den Sachen, die er in das Grundstück bringen würde, so ist er vermöge des Vertrags überhaupt nicht verbunden, Sachen in das Grundstück zu bringen, am wenigsten diese oder jene bestimmten Sachen. Es hängt vielmehr von dem Willen des Pächters ab, ob er überhaupt, und ob er diese oder jene Sachen in das Grundstück bringen wolle, und der Verpächter also daran ein Pfandrecht haben solle oder nicht. Darum nimmt das Pfandrecht erst von Zeit der wirklichen Illation seinen Anfang. Der vorhergegangene Vertrag ertheilte kein solches, weil es noch immer von dem Schuldner abhing, ob und an welchen Sachen der Gläubiger ein Pfandrecht haben solle; erst durch das Factum der Illation hat der Pächter auf eine verbindliche Art erklärt, daß der Verpächter es wirklich und an diesen Sachen haben solle.

Zu den Forderungen, derentwegen ein Pfandrecht constituirt werden kann, werden auch gerechnet, und von bedingten als verschieden aufgeführt künftige Forderungen [20]).

Dahin gehören nun nicht solche Forderungen, die aus Verträgen herrühren, deren bloße Erfüllung in die Zukunft verschoben ist, vorausgesetzt, daß ein Termin der Erfüllung bestimmt ist, von dem es gewiß ist, daß und wann er kommen werde, oder wenigstens das Erstere. Denn ein dies *incertus*, nämlich ein solcher, von dem es ungewiß ist, ob er überhaupt kommen werde, gilt bekanntlich als Bedingung [21]), versteht sich auch, wenn vom Pfandrecht die Rede ist, also wenn der Hauptvertrag oder der Nebenvertrag der Verpfändung sub die incerto geschlossen ist. Macht sich aber Je-

20) L. 5. pr. D. de pign. 21) L. 75. D. de cond. et dem.

mand ex die et quidem certo verbindlich, so ist seine Verbindlichkeit als eine gegenwärtige zu betrachten, nach der Regel: Dies non remoratur obligationem, folglich ist es auch das correspondirende Hauptrecht des Promissars und das accessorische Pfandrecht.

L. 12. §. 2. *Qui pot. in pign.*

Si primum, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est. Unde, si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit; licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit [22]).

Wenn daher z. B. Jemand heute den 16ten März eine Badeanstalt für die Badezeit im nächsten Sommer miethet, und zur Sicherheit seiner aus dem Contract entspringenden Verbindlichkeit dem Vermiether eine Sache verpfändet, an dieselbe Sache aber einem Andern ein Pfandrecht constituirt, ehe denn die Badezeit einmal ihren Anfang genommen, so geht dennoch jener, als der ältere Gläubiger, dem andern vor. Dasselbe würde auch gelten müssen, wenn umgekehrt der Vermiether es gewesen wäre, der das Pfandrecht bestellt hätte. Dies Beispiel kömmt L. 9. pr. D. qui pot. in pign. vor.

Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc cre-

22) *In diem* heißt bekanntlich in der Sprache des römischen Rechts so viel als ex die oder was wir terminus a quo nennen. L. 44. §. 1. D. de obl. et act. §. 2. I. de verb. obl. L. 46. pr. D. eod. L. 213. pr. D. de verb. sign.

ditorem petentem Erotem, locatorem praetor tueri deberet? Respondit, debere. Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur: quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset; potiorem ejus causam habendam.

Ein anderes Beispiel, was ebenfalls hieher zu rechnen ist, gibt das Pfandrecht für die Zinsen eines Darlehns. Das Pfandrecht nimmt nicht erst seinen Anfang, wenn die Zinsen fällig sind, sondern es fängt von dem Augenblicke an, da das Geld, wofür Zinsen versprochen wurden, dargeliehen ist.

L. 18. *D. qui pot. in pign.*

Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus: eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit: Quaero, an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potiorem esse.

Da also die Verbindlichkeit, künftig Zinsen zu bezahlen, ex die und eine gegenwärtige ist; so folgt, was Weber [23]) bemerkt, daß, wenn auch der Schuldner in der Folge die Sache veräussert, das Pfand nichts desto weniger für die Zinsen der folgenden Jahre nach der Veräusserung verhaftet bleibe.

Zu den künftigen Forderungen können nur solche gerechnet werden, die in diesem Augenblick noch nicht vorhanden

23) Versuche über das Civilrecht, S. 211.

sind, die dabei auch nicht zu den bedingten gehören, von denen man aber annimmt, daß sie künftig entstehen möchten, auf welchen Fall ihrentwegen im Voraus ein Pfandrecht constituirt wird [24]). Der Natur der Sache nach scheint das Pfandrecht in Fällen dieser Art nicht eher seinen Anfang nehmen zu können, als wenn die Forderung wirklich entstanden, und aus der künftigen Forderung eine gegenwärtige geworden ist, und dies behauptet auch Voet [25]) und mit ihm Leyser [26]). Allein die Verpfändung für eine künftige Schuld enthält die stillschweigende Bedingung, wenn in Zukunft eine Schuld entstehen mögte, und daher scheint es zu rühren, daß die Gesetze hier dieselben Grundsätze anwenden, welche von der Verpfändung für eine bedingte Schuld oder von der bedingten Verpfändung gelten. Hängt es nun bloß von dem Schuldner ab, ob er die Schuld contrahiren wolle oder nicht, so wird, wenn die Schuld wirklich entsteht, nicht auf den Zeitpunct der im Voraus geschehenen Verpfändung, sondern auf den Zeitpunct der entstandenen Schuld gesehen, um das Alter des Pfandrechts zu bestimmen. Dies lehrt

L. 11. *pr. D. qui pot. in pign.*

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam, et accepit hypothecam; quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata; licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

Wenn daher Jemand eine Schuldverschreibung über ein Darlehn ausstellt, und dem Gläubiger darin ein Pfandrecht constituirt, das Geld aber erst in der Folge empfängt, so

24) *L.* 6. §. 2. *D. de Fidejussor.* Adhiberi autem fidejussor tam *futurae*, quam *praecedenti* obligationi potest: dum sit aliqua, vel naturalis futura obligatio.

25) Ad π. tit. de pign. §. 20.

26) Spec. 223. med. 7.

fängt das Pfandrecht nicht von Zeit der ausgestellten Schuldverschreibung, sondern erst von dem Zeitpunct an, da das Geld ausbezahlt ist.

L. 4. *D. quae res pign.*

Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est. Et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

Das pactum de mutuo dando wird bloß zum Vortheil des künftigen Schuldners eingegangen; es verbindet den Promittenten, dem Promissar das Darlehn zu geben, nicht diesen, es zu empfangen, vielmehr hängt es vom Promissar ab, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle oder nicht [27]). Es hängt folglich von dem Willen desjenigen, der das Pfandrecht constituirte, ab, ob er Schuldner werden wolle, und ob dem Gläubiger ein Pfandrecht zustehen solle, und daher fängt das Pfandrecht erst mit dem Augenblick an, da die Schuld wirklich contrahirt ist. Da es nun bei uns noch ebenso wie bei den Römern von dem Promissar abhängt, ob er das versprochene Darlehn empfangen wolle, so scheint es, daß dieser Rechtssatz noch jetzt anwendbar sey. Wir werden hiervon

27) *L.* 30. *D. de rebus cred.* Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.

nachher weiter zu reden Gelegenheit haben; eine andre Sorge ist es, die uns jetzt beschäftigt. Diese Sorge erregt die L. 1. pr. D. qui pot. in pign. und die Vereinigung derselben mit den vorher angeführten Gesetzstellen. Es heißt daselbst:

Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur; non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. §. 1. *eodem.* Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset: ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est.

Alle Ausleger stimmen überein, daß in dem principio dieser Stelle entschiedenen Rechtsfall der Umstand, daß ein Theil des versprochenen Brautschatzes bereits bezahlt, ein Theil annoch rückständig war, ein ganz gleichgültiger und auf die Entscheidung selbst ohne Einfluß war; es kam bloß auf das Versprechen des Brautschatzes an. Nur darin sind die Ausleger nicht einig, auf wen die Schlußworte des principii dieser Stelle zu beziehen sind. Accursius und Doneau [28]), Averani [29]) und Voet [30]) beziehen sie auf den Mann;

28) De pign. c. 12.
29) Interpret. jur. Lib. II. cap. 12. nro. 11.
30) Ad π. Lib. 20. Tit. 4. §. 30.

Hartmann Pistor [31]) aber bemüht sich, mit vielen Gründen zu zeigen, daß sie von demjenigen zu verstehen sind, welcher den dos versprochen und zum Theil bereits bezahlt hatte [32]). Ohne der Stelle Gewalt anzuthun, kann man die Schlußworte nicht anders, als von dem jetzigen Schuldner und künftigen Gläubiger verstehen. Von diesem war zuletzt die Rede, also kann das ejus nur auf ihn gehen; auch konnte von ihm, der den dos zum Theil ausbezahlt hatte, mit dem andern Theil im Rückstande geblieben war, nur gesagt werden: Nec probe dici, in potestate ejus esse, *ne* pecuniam *residuam* redderet. Reddere steht oft für dare, nicht bloß in den Gesetzen [33]), sondern auch bei römischen Schriftstellern [34]). Besonders konnte es hier gebraucht werden, wo von einem wiederholten Geben die Rede war. Was die Ausleger behaupten, der Umstand, daß ein Theil des Brautschatzes bezahlt, ein anderer rückständig geblieben, sey gleichgültig gewesen, scheint nicht so ganz gegründet zu seyn, und ist wenigstens cum grano salis zu nehmen. Es ist wahr, wenn man erst die Entscheidung des Rechtsgelehrten und den Grund, worauf sie beruht, kennt, so sieht man wohl, daß es am Ende nicht darauf ankömmt, ob ein Theil des versprochenen Brautschatzes bezahlt, ein anderer rückständig geblieben. Ja, die Entscheidung würde noch ebenso ausgefallen seyn, wenn gar nichts bezahlt wäre. Im Grunde war aber alles bezahlt und nichts mehr rückständig; es war nur etwas rückständig gewesen; die Zahlung des Ganzen war zu verschiedenen Zeiten erfolgt. Erst wird das Versprechen des Brautschatzes gegeben und

31) A. a. O. nr. 7. 8. 9. 10.

32) Ihm stimmen bei Pufendorf obs. jur. un. II. 168. und Bolley a. a. O. §. 112. Note 5.

33) L. 14. D. de verb. sign. L. 21. D. de legatis II.

34) *Nizolii* thes. Cicer. voc. Reddo und Schellers latein Lexicon unter eben diesem Wort.

der Promissor läßt sich von Seiten des Mannes, unter Bestellung einer Hypothek, die Rückgabe versprechen; auf diese Vereinbarung folgt nach einiger Zeit die Bezahlung eines Theils des versprochenen Brautschatzes; dann wird einem Dritten an demselben Object ein Pfandrecht ertheilt, und nun erst wird der übrige Theil des versprochenen Brautschatzes — *pecunia residua* — bezahlt. Daß nun derjenige, welcher den Brautschatz versprochen und, ehe dem Dritten ein Pfandrecht bestellt worden, zum Theil gegeben hatte, diesem Dritten in Ansehung des bereits gegebenen Theils vorgehe, das leidet überhaupt, und besonders bei Papinianus, keinen Zweifel. Aber das ist zweifelhaft, ob er ihm auch vorgehe in Ansehung des übrigen; diese zweifelhafte Frage sollte hier gerade entschieden werden. Der Dritte drängt sich hier zwischen die beiden Forderungen desjenigen, der den Brautschatz versprochen und gegeben hat, und macht ihm, in Ansehung der zweiten, wegen seines, wie es scheint, älteren Pfandrechts, den Rang streitig. Allein das Urtheil des Papinianus fällt gegen ihn aus. Es komme, sagt der Rechtsgelehrte, hier gar nicht auf die Zeiten der geschehenen Zahlungen, sondern auf den Zeitpunct der Bestellung des Pfandrechts an. Er führt auch den Grund davon an; dieser liegt in der Nothwendigkeit, worin der promissor dotis sich befand, sein Versprechen zu erfüllen. Es ist nach des Papinianus Ansicht einerlei, ob er bereits gezahlt hatte oder zu zahlen verbunden war.

Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur; non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis.

In diesen Worten ist das Urtheil enthalten, was Papinia-

nus über diesen Rechtsfall fällt, und zugleich auch der Grund, worauf es beruht. Nun folgen die Schlußworte. Der Sinn derselben kann nicht länger zweifelhaft seyn. Papinianus, welcher denkt, der erste Theil des versprochenen Brautschatzes ward schon früher bezahlt, ehe dem Dritten das Pfandrecht bestellt worden — damit kann dieser Gläubiger, wie sich von selbst versteht, dem Brautschatz und dessen Geber nicht vorgehen — setzt nun hinzu: Was aber den übrigen betrifft, so hing es nicht vom Willen des Letzteren ab, ob er ihn bezahlen wollte oder nicht; und folglich kann jener ihm auch in Ansehung dessen den Rang nicht streitig machen. Da Papinianus indessen nur so eben den allgemeinen Grundsatz aufgestellt hatte, daß derjenige, welcher einen Brautschatz versprochen, zur Bezahlung des ganzen Brautschatzes schuldig sey und den Vertrag zu erfüllen gezwungen werden könne — und eben daher das Pfandrecht, was er sich de restituenda sibi dote bestellen lassen, sogleich mit dem Versprechen und nicht erst mit der Erfüllung desselben seinen Anfang nehme; — so enthalten jene Worte, die hier den ganzen Anstoß erregen und die Ausleger irre geleitet haben, im Grunde nichts, — als einen müßigen Zusatz, den auch die Basiliken [35]) als solchen angesehen und ihn ganz weggelassen haben [36]). Es leidet überhaupt

35) Lib. 25. tit. 5. I.

36) Die Stelle selbst lautet daselbst folgendermaßen: *Ὑπὲρ γυναικὸς ὡμολόγησα προῖκα, τοῦ ἀνδρὸς ὑποθεμένου μοι, ἢ ἐνεχυράσαντος, ὑπὲρ τῆς ἀποκαταστάσεως τῆς προικὸς. καὶ μέρος, δεδωκότος μου τῆς προικὸς, ὁ ἀνὴρ ὑπέθετο σοι τὰ ὑποτεθέντα μοι. καὶ οὕτως ἐπληρώθη τὴν προῖκα. προγενέστερός σου εἰμι. ἐπειδὴ γὰρ ἠναγκαζόμην τὰ ὁμολογηθέντα πληρῶσαι, οὐ προσέχομεν τῷ χρόνῳ τῶν καταβολῶν, ἀλλὰ τοῦ συναλλάγματος.*

Ἕτερόν ἐστιν, ἔνθα μέλλω εἴσω προθεσμίας ἀπαριθμεῖσθαι, ὑπόθωμαι πρᾶγμα, καὶ ἀνὴρ τὸ αὐτὸ πρὸ τῆς ἀπαριθμήσεως ὑπέθετο ἑτέρῳ.

keinen Zweifel, daß an dieser Stelle bloß von dem Satz ausgegangen wird, es hing nicht von dem Willen des Promittenten ab, ob er durch Auszahlung des dos Gläubiger werden wolle oder nicht. Aus diesem Grunde soll das Pfandrecht nicht erst mit dem Augenblick, da der dos bezahlt ist, sondern schon zu der Zeit seinen Anfang genommen haben, da der Gläubiger sich, unter Bestellung des Pfandrechts, verbindlich gemacht, die Frau auszustatten. Wie sind nun diese Stellen, nämlich L. 11. pr. D. qui pot. in pign. und L. 4. D. quae res pign. auf der einen, und L. 1. pr. et §. 1. D. qui pot. in pign. auf der andern Seite, mit einander zu vereinigen? Beide handeln von der Verpfändung für eine künftige Schuld, aber beide gehen von ganz verschiedenen Grundsätzen aus. Um das Alter des Pfandrechts für eine künftige Schuld zu bestimmen, muß man sehen, ob es von dem Willen des Schuldners abhing, auch nicht Schuldner zu werden, sagt die eine; um das Alter des Pfandrechts zu bestimmen, muß man sehen, ob es von dem Willen des Gläubigers abhing, auch nicht Gläubiger zu werden, sagt die andre Stelle. — Beide Stellen widersprechen einander nicht; sie ergänzen einander. Allerdings kömmt es zuvörderst darauf an, ob die künftige Schuld, wofür das Pfandrecht bestellt ward, von der Art ist, daß es noch erst einer neuen Willensbestimmung des Schuldners bedarf, um Schuldner zu werden, und ob es also noch immer von ihm abhängt,

Promisi dotem pro muliere, et maritus rem suam mihi pignori vel hypothecae dedit de restituenda dote. deinde numerata parte dotis maritus res jam mihi obligatas pignori tibi dedit. atque ita implevi numerationem dotis. te prior sum: quoniam enim dotem quam promisi, solvere necesse habeo, solutionum non observamus tempora, sed contractus.

Non idem est, si pignus mihi datum sit sub spe numerandae dotis, intra diem certum, et maritus antequam numerarem, eandem rem alii pignori obligaverit.

ob der Gläubiger Gläubiger werden und ein Pfandrecht haben solle oder nicht. Im erstern Falle fängt das Pfandrecht im Allgemeinen erst mit dem Augenblick an, da die Schuld wirklich contrahirt ist. Allein dies fällt weg, und das Pfandrecht fängt schon mit dem Augenblick der Bestellung an, wenn es zwar von dem Schuldner abhängt, nicht Schuldner zu werden, wenn er aber im Stande ist, den Gläubiger zwingen zu können, daß er Gläubiger werde. Ist der Gläubiger vollkommen verpflichtet, seinem Versprechen ein Genüge zu leisten, so daß es nicht von seinem Willen abhängt, ob er Gläubiger werden wolle, so haben die Gesetze es billig gefunden, daß das Pfandrecht von Zeit der Bestellung und nicht erst von Zeit der contrahirten Hauptschuld anhebe, ohne daß es in diesem Fall weiter darauf ankömmt, ob es in der Macht des Schuldners stehe, auch nicht Schuldner zu werden [37]). Der Gläubiger hat das Versprechen, wodurch er zum Gläubiger werden soll, im Vertrauen auf die Sicherheit geleistet, welche das Pfand gewährt, was der künftige Schuldner ihm für seine künftige Forderung eingesetzt hat, und während es in die Macht des Schuldners oder vielmehr desjenigen, der es werden soll, gegeben ist, ihn zu nöthigen, sein Versprechen zu erfüllen, darf es demselben nicht erlaubt seyn, die Sicherheit, auf welche der Gläubiger baute, zu schmälern, oder sie ihm gar ganz zu entziehen. Wie unbillig würde es nicht seyn, wenn der Schuldner, oder der es seyn wird, welcher den Gläubiger zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache Andern verpfänden oder sie veräussern dürfte, ohne daß sie mit der Last eines noch nicht daran haftenden Pfandrechts auf den neuen Erwerber überginge, — wenn es ihm also

37) *Hartmann Pistor.* c. l. nr. 11.

verstattet wäre, sein Wort zu brechen; das dürfte er aber, finge das Pfandrecht erst mit dem Augenblick der wirklich contrahirten Schuld an, indem er sich die Zwischenzeit zu nutze machte, allerdings. Darum also fängt das Pfandrecht in diesem Fall schon vom Augenblick der Bestellung an [38]). Zwar das Pfandrecht für eine künftige Schuld kann nie anders entstehen, als wenn die Schuld wirklich contrahirt wird; aber geschieht dies, so ist das im Voraus ertheilte Pfandrecht in diesem Fall von Zeit der Bestellung an zu berechnen, eben so wie in dem Fall, wenn das Pfandrecht für eine Schuld ertheilt ist, zu deren Entstehung es nicht erst einer neuen Willensbestimmung des Schuldners, der es werden soll, bedarf. — Daß die hier gegebene Vereinigung den Gesetzen gemäß sey, ist nicht schwer zu erweisen. Die zuerst angeführten Gesetzstellen **L. 11. pr. D. qui pot. in pign.** und **L. 4. D. quae res pign.** lassen das Pfandrecht von der Zeit der wirklich contrahirten Schuld anheben, weil es bis dahin vom Schuldner abgehangen, ob er Schuldner werden wolle oder nicht. Daraus können wir nun zwar die Regel ableiten, daß das Pfandrecht erst von Zeit der wirklich contrahirten Schuld anfange, wenn es beim Schuldner stand, auch nicht Schuldner zu werden; allein, um den Widerspruch, der sich zwischen ihnen und der zuletzt angeführten Gesetzstelle ergeben würde, zu heben, sind wir nach den Regeln der Hermeneutik genöthigt, die angeführte Regel, welche jene Gesetzstellen in sich enthalten, durch diese zu beschränken. Dies würde selbst Statt finden, wenn jene Regel als allgemeiner Satz dort ausgesprochen wäre, da er nur aus dem angege-

38) S. auch *HARTMANN PISTOR.* c. l. nro. 11. und *PUFENDORF* obs. jur. un. II. obs. 168.

benen Grunde einer Entscheidung abgeleitet wird, bei welcher doch auch auf die besondre Natur der daselbst entschiedenen Fälle Rücksicht mit genommen ist. Nun aber handeln beide Stellen von solchen Fällen, wo es zwar vom Schuldner abhing, auch nicht Schuldner zu werden, wo es aber auch nicht in der Macht des Schuldners stand, den Gläubiger wider seinen Willen zu nöthigen, Gläubiger zu werden. In Ansehung der zuerst angeführten Gesetzstelle — der L. 11. pr. D. qui pot. in pign. — wird hieran nicht gezweifelt werden. Dasselbe gilt aber auch von der zweiten Stelle, der L. 4. D. quae res pign. Das vorhergegangene pactum de mutuo dando setzte den Promissar nicht in die Lage, den Promittenten zur Erfüllung seines Versprechens nöthigen zu können, und die Entscheidung würde ganz anders gelautet haben, wäre an Stelle eines *pacti nudi* de mutuo dando, eine *stipulatio* de mutuo dando eingegangen und diese mit einer Verpfändung für die künftige Schuld begleitet gewesen. Dies ergiebt nun die L. 1. pr. D. qui pot. in pign. Sie handelt von einem Fall, wo es bei dem Promissar stand, ob er Schuldner werden wolle oder nicht, und dennoch soll, gegen die angeführte Regel, das Pfandrecht in diesem Fall schon von Zeit der Bestellung seinen Anfang nehmen und zwar deshalb, weil es in die Macht des Promissars gegeben war, den Promittenten zur Erfüllung seines Versprechens nöthigen zu können. Es ist nämlich von demjenigen die Rede, was dos adventitia genannt wird. Der extraneus, welcher dem Manne versprochen hatte, die Frau auszustatten, hatte bedungen, daß der Brautschatz dereinst an ihn selbst zurückfallen solle, und sich zur Sicherheit der Restitution ein Pfandrecht constituiren lassen; der Brautschatz war also der Frau nicht, wie

Westphal [39]) meint, geschenkt worden, vielmehr heißt es ausdrücklich:

> Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda *sibi* dote accepit.

Die Constitution desselben gereichte mithin bloß zum Vortheil des Mannes, der sich desselben allerdings hätte begeben können, wie gegen Doneau [40]) Hartmann Pistor [41]) richtig bemerkt.

Es bleibt also dabei: das Pfandrecht für eine künftige Schuld fängt von Zeit der Bestellung an, wenn es zwar vom Schuldner abhängt, auch nicht Schuldner zu werden, wenn dieser aber den Gläubiger zwingen kann, Gläubiger zu werden. Da nun das pactum de mutuo dando bei uns von der Art ist, daß der Promissar den Promittenten zur Erfüllung seines Versprechens nöthigen kann, so fällt die Verordnung des römischen Rechts, daß beim Darlehn das im Voraus bestellte Pfandrecht erst a tempore numerationis seinen Anfang nehme, bei uns hinweg [42]).

Nach diesen Grundsätzen ist nun auch die Frage zu entscheiden, von welcher Zeit das Pfandrecht seinen Anfang nehme, was der Hauptschuldner wegen des künftig gegen ihn zu nehmenden Regresses demjenigen bestellte, der sich für ihn verbürgt oder zu verbürgen übernommen hat. Es leidet keinen Zweifel, daß ein Bürge, wegen des künftig zu nehmenden Regresses, sich auf solche Art im Voraus sicher stellen könne, auch

39) Im Pfandrecht §. 150. Note 171. S. 215.

40) De pign. cap. 12.

41) A. a. O. Nr. 8 u. folg.

42) *Pufendorf* obs. jur. un. II. obs. 168. Das Gegentheil behaupten Voet (ad D. Lib. XX. tit. IV. §. 30.) und mit ihm Dann (de pignore debito futuro accedente, s. Klübers kleine juristische Bibliothek, 5. Bd. S. 178.)

auch sagen es die Gesetze ausdrücklich [43]). Wenn dies nun geschehen ist, wie es denn wirklich nicht selten geschieht, so kann man nicht sagen, daß in dem gegenwärtigen Augenblick schon eine Hauptschuld (im Gegensatz des Pfandrechts) vorhanden sey, wie Averani [44]) annimmt. Zwar hat der Hauptschuldner dem Bürgen aufgetragen, sich für ihn zu verbürgen, allein der Mandatscontract gehört bekanntlich zu denjenigen Verträgen, aus denen gleich Anfangs oder nothwendig nur eine Verbindlichkeit für den einen Contrahenten, nämlich für den Mandatar, und hier den Bürgen, entsteht, und es ist bloß zufällig, wenn auch der Mandans, und hier der Hauptschuldner, zu etwas verpflichtet wird. Die Ansprache des Bürgen gegen den Hauptschuldner wird erst begründet und entsteht erst in dem Augenblick, da jener für diesen Zahlung geleistet hat. Also nicht deshalb, weil zur Zeit der Verpfändung schon eine Hauptschuld (im Gegensatz des Pfandrechts) vorhanden ist, sondern weil es nicht weiter in der Macht des Bürgen steht, ob er für den Hauptschuldner zahlen und dadurch dessen Gläubiger werden wolle, nimmt das Pfandrecht schon von dem Augenblick, da es ertheilt ist, seinen Anfang. Man kann in diesem Falle nicht einmal sagen, wenigstens im Allgemeinen nicht, daß es von dem Willen des Hauptschuldners abhänge, nicht Schuldner des Bürgen zu werden. Hartmann Pistor [45]) behauptet sogar, daß selbst in dem Fall, wenn der Bürge sich bei keiner bestimmten Person verbürgt, sondern nur im Allgemeinen versprochen hat, sich, so oft es verlangt würde, zu verbürgen, das bestellte Pfandrecht sogleich mit diesem Versprechen seinen An-

43) L. 9. §. 1. D. de pign. act.

44) Interpret. jur. Lib. II. cap. 12. nr. 24.

45) c. I. in fine quaest.

fang nehme, und wer die oben aufgestellten Sätze zugibt, muß ihm allerdings beistimmen.

§. 5.

Fortsetzung. Ausdehnung des Pfandrechts auf die Nebenforderungen.

Obwohl das Pfandrecht in securitatem crediti dient, so ist es doch nicht grade nothwendig, daß es sich über das Ganze der Schuldforderung ausdehne. Vielmehr hängt es vom Willen desjenigen ab, der das Pfandrecht bestellt, ob der Gläubiger wegen der ganzen Schuld diese Art von Sicherheit haben soll, oder nur wegen eines Theils derselben [1]). Es hängt daher auch von seinem Willen ab, ob dem Gläubiger bloß in Hinsicht auf die Hauptschuld, oder ob ihm auch in Hinsicht auf die bei Gelegenheit derselben entstandenen Nebenforderungen die Sache zum Pfande dienen solle. Er kann das Pfandrecht auf das Capital einschränken, er kann es auf die Accessorien erweitern; ja, es ließe sich sogar als möglich denken, daß das Pfandrecht nur in Beziehung auf diese constituirt würde [2]). Alles dies leidet keinen Zweifel; — aber sehr zweifelhaft, oder wenigstens sehr bestritten ist die Frage: Wie weit erstreckt sich das Pfandrecht, geht es nur auf das Capital, oder geht es auch auf die Nebenforderungen und besonders die Zinsen, — wenn darüber bei der Bestellung des Pfandrechts nichts gesagt ist? Das Pfandrecht erstreckt sich nur auf die Hauptschuld, wenn nicht ausdrücklich verabredet ist, daß es sich auf die Zinsen und andre Accessorien

1) L. 5. pr. D. de pign. L. 5. §. 1. D. In quibus causis pignus.

2) *L.* 11. §. 3. *D. de pign. act.* Si in sortem duntaxat *vel in usuras* obstrictum sit pignus, etc.

der Hauptschuld erstrecken solle, — sagen einige, z. B. Exxleben [3]), Voet [4]), Malblanc [5]); das Pfandrecht erstreckt sich nicht bloß auf die Hauptschuld, sondern auch auf die Accessorien, als Zinsen, Conventionalstrafe, Proceßkosten, Verwendungen, falls diese nicht ausdrücklich vom Pfandrecht ausgenommen sind, — behaupten andre, z. B. Bachov [6]), Pufendorf [7]), Westphal [8]). Die Frage, wovon hier die Rede ist, kommt besonders dann zur Sprache, wenn von einem durch Vertrag bestellten Pfandrecht die Rede ist, und ein Conventionalpfandrecht ist es daher, was die Rechtsgelehrten vorzüglich oder allein nur im Sinne haben, wenn sie von dieser Frage handeln. Wir wollen die Untersuchung hierauf nicht einschränken, doch wird es passend seyn, zuvörderst von dem, was beim Conventionalpfandrecht Rechtens ist, zu handeln. Wird also ein Pfandrecht durch Vertrag constituirt und nicht ausdrücklich gesagt, daß das Pfandrecht sich auf die Hauptschuld beschränken, auch nicht, daß es auf die Accessorien der Hauptschuld erweitert seyn solle, was ist dann Rechtens? Nach dem Grundsatz: *Accessorium sequitur principale* scheint die Antwort leicht zu seyn und das für die Hauptschuld constituirte Pfandrecht sich ipso jure auf die Zinsen und andre Nebenforderungen erstrecken zu müssen, wenn das Gegentheil nicht ausdrücklich verabredet ist. Allein nicht jener Grundsatz ist es, den die Gesetze hier vor Augen haben, sondern sie sehen vielmehr im Allgemeinen auf den vermuthlichen Willen der Contrahenten und namentlich desjenigen, der das Pfandrecht bestellt [9]). Wenn nun Jemand eine

3) Princ. de jure pign. §. 13.
4) Ad π. lib. 20. tit. 4. §. 27.
5) Princ. jur. Rom. §. 566. nr. 3.
6) De pign. Lib. 3. c. 5. n. 5.
7) Obs. jur. un. tom. I. Obs. 13.
8) Im Pfandrecht §. 10.
9) Daß die Frage von der Aus-

Schuld contrahirt und seinem Gläubiger ein Pfandrecht constituirt, so versteht es sich ja von selbst und es ist gar nicht zu bezweifeln, daß der Wille der Contrahenten darauf gerichtet sey, der Gläubiger solle diese Art der Sicherheit wegen seiner ganzen Forderung haben, nicht bloß wegen der Hauptschuld, sondern auch wegen der Accessorien, vorausgesetzt, daß dergleichen Nebenforderungen zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts bereits begründet sind. Ja, man könnte vielleicht mit eben dem Recht behaupten, das ertheilte Pfandrecht sey auf die Zinsen zu beschränken, wenn nicht ausdrücklich gesagt ist, es solle dem Gläubiger auch in Hinsicht auf das Capital zustehen, als man umgekehrt behauptet, es sey auf das Capital zu beschränken, wenn es nicht ausdrücklich auf die Zinsen erweitert ist. Was der Gläubiger zu fordern hat, z. B. 1000 Rthlr., die der Schuldner zurückzuzahlen versprochen und 5 pro centum Zinsen, die er, jährlich zu erlegen, sich anheischig gemacht hat, alles dies macht ein Ganzes aus, auf dessen einzelne Theile das dem Gläubiger ertheilte Pfandrecht und zwar auf den einen so gut, wie auf den andern sich nothwendig von selbst erstrecken muß. Bei allem dem läßt sich aber doch nicht behaupten, wie namentlich Weber [10]) thut, im Fall das Gegentheil nicht verabredet worden, erstrecke sich das für das Capital bestellte Pfandrecht ipso jure auf Zinsen, Kosten, Conventionalstrafe u. s. w. Nein, grade

dehnung des Pfandrechts auf die Accessorien aus dem Gesichtspunct des vermuthlichen Willens der Contrahenten zu betrachten sey, lehrte schon Weber in der Erörterung der Frage: Ob und in wieferne das Pfandrecht sich ausser dem Capital auch auf Zinsen, Kosten u. s. w. erstrecke, in den Versuchen über das Civilrecht, Seite 151 und folg., und in Beziehung auf Conventionalzinsen auch Westphal a. a. O. S. 34.

10) In der, in der vorigen Note angeführten Erörterung.

umgekehrt, im Fall das Gegentheil nicht ausdrücklich verabredet worden, erstreckt sich das für das Capital ertheilte Pfandrecht nur auf dieses, und steht dem Gläubiger wegen der Accessorien nicht zu. Es ist ein großer Unterschied, ob der Schuldner dem Gläubiger ein Pfandrecht, oder ob er ihm ein Pfandrecht für das Capital ertheilt. Der Ausdruck Capital ist ja nichts als ein Gegensatz der Zinsen, und wer also für das Capital seine Güter verpfändet, gibt eo ipso zu erkennen, daß sie für die Zinsen nicht haften sollen. Eine Sache für das Capital verpfänden, oder sie nur für das Capital verpfänden, das sind synonyma.

Man muß also unterscheiden:

1) Der Schuldner hat dem Gläubiger seine Güter verpfändet *simpliciter*, oder für das, was er schuldig ist; hier ist kein Grund vorhanden, das Pfandrecht auf die Hauptschuld einzuschränken; z. B. er hat gesagt, ich bekenne, 1000 Rthlr. dargeliehen erhalten zu haben, verspreche sie jährlich mit 5 pro Cent zu verzinsen, und setze meinem Gläubiger zu seiner Sicherheit mein gesammtes Vermögen zum Unterpfande; — wer darf zweifeln, daß dem Gläubiger eben so gut, wie in Ansehung des Capitals, auch in Ansehung der Zinsen, die allgemeine Hypothek ertheilt sey?

2) Der Schuldner hat dem Gläubiger seine Güter für das Capital verpfändet; hier beschränkt sich die Hypothek auf das Capital, und zwar um so mehr, da von jedem anzunehmen ist, er habe seine Sache so wenig als möglich belästigen wollen, und da es der Gläubiger, als welcher sich etwas versprechen ließ, war, qui clarius loqui debuisset. Setzen wir also, die Schuldverschreibung lautete also: Ich bekenne, 1000

Rthlr. dargeliehen erhalten zu haben, verspreche sie bis zum Abtrage jährlich mit 5 p. C. zu verzinsen und setze zur Sicherheit für das Capital dem Gläubiger mein gesammtes Vermögen zum Unterpfande; — wer fühlt es nicht, daß dieser Fall von dem vorigen ganz verschieden sey, und daß man hier nicht annehmen könne, der Schuldner habe dem Gläubiger auch in Hinsicht auf die Zinsen ein Pfandrecht ertheilen wollen. Niemand wird behaupten, das Pfandrecht erstrecke sich auf das Capital, wenn in dem angenommenen Fall der Schuldner sich also ausgedrückt hätte: und setze zur Sicherheit für die Zinsen dem Gläubiger mein gesammtes Vermögen zum Unterpfande, — und doch könnte man dieses mit eben dem Recht behaupten, wie jenes.

Also das simpliciter ertheilte Pfandrecht ist es, was sich nicht auf die Hauptschuld beschränkt, sondern auch zur Sicherheit der Nebenforderungen dient, vorausgesetzt, daß diese zu der Zeit, da die Hypothek constituirt ward, schon begründet waren. Denn in Ansehung solcher Forderungen, an welche bei Ertheilung des Pfandrechts nicht gedacht wird, kann man auch nicht annehmen, daß der Wille des Schuldners darauf gerichtet gewesen seyn sollte, ihrentwegen ein Pfandrecht zu ertheilen [11]). Das Pfandrecht erstreckt sich daher:

1) auf Conventionalzinsen, und zwar auf solche, welche zu der Zeit, da die Verpfändung geschah, bereits versprochen waren, nicht aber auf solche, welche erst in der Folge versprochen sind. In Ansehung der letztern hat der Gläubiger kein Pfandrecht, wenn es ihm derentwegen nicht namentlich ertheilt ist. Nach römischem Recht finden jedoch, wenn die Zinsen bei negotiis

11) Weber Erörterung §. 8. und §. 12.

stricti juris und beim mutuo nur durch pactum nudum, nicht durch Stipulation versprochen sind, also der Schuldner nur bloß naturaliter verbunden ist, Zinsen zu entrichten, wegen der Zinsen nur dieselben Rechtsmittel Statt, wie wegen einer natürlichen Hauptschuld. Das Pfandrecht erstreckt sich darauf allerdings mit, da dies sich mit einer obligatio naturalis als Basis begnügt, aber die actio hypothecaria findet deshalb nicht Statt [12]); der Gläubiger kann sich der Zinsen wegen an das Pfand halten, wenn er es besitzt. Der Grundsatz, von welchem früher die Rede war, daß bei einer vorhandenen, wiewohl bloß natürlichen, Verbindlichkeit die actio *hypothecaria* Statt finde, scheint, wie wir aus den Stellen, die bald folgen sollen, ersehen werden, sich auf die Hauptschuld zu beschränken und auf blosse Zinsen keine Beziehung zu haben.

Das Pfandrecht erstreckt sich weiter:

2) auch auf die Verzugszinsen. Denn der Schuldner ist verbunden, nicht nur überhaupt, sondern auch zur rechten Zeit zu bezahlen; diese letztere Verbindlichkeit lag ihm gleich Anfangs ob, da die Schuld contrahirt und das Pfandrecht constituirt ward, und daher ist das Pfandrecht auch für sie und die Forderung, welche aus ihrer Vernachlässigung von Rechtswegen entspringt, als ertheilt zu betrachten [13]).

3) Was von Verzugszinsen gesagt ist, gilt auch von Processkosten, die der Gläubiger durch den ungebührlichen Verzug des Schuldners aufzuwenden genöthigt ward [14]).

12) Westphal a. a. O. S. 33
13) Vergl. Webers Erörterung §. 10.
14) Webers Erörterung §. 15.

Das Pfandrecht erstreckt sich ferner:

4) auch auf die etwa verabredete Conventionalstrafe, wobei aber wiederum, obgleich die Gesetze es in Ansehung ihrer nicht ausdrücklich verordnen, zu unterscheiden seyn wird, ob sie schon zu der Zeit, als die Verpfändung geschah, verabredet war, oder ob sie erst in der Folge stipulirt ist.

Ferner erstreckt sich das Pfandrecht:

5) auf die Forderung wegen der nothwendigen oder nützlichen Ausgaben, welche der Gläubiger auf die verpfändete Sache verwandt hat. Weber unterscheidet zwischen nothwendigen und nützlichen Ausgaben, und nimmt an, daß dem Gläubiger nur in Ansehung jener ein wirkliches Pfandrecht zustehe, während er sich in Ansehung dieser mit einem bloßen Retentionsrecht zu begnügen habe [15]). Die Gesetze selbst unterscheiden nicht, und daher ist anzunehmen, daß dem Gläubiger auch wegen der nützlichen Ausgaben die Sache zum Pfande diene, in so fern er den Ersatz derselben überhaupt zu fordern berechtigt ist.

Endlich

6) erstreckt sich das Pfandrecht auf die öffentlichen Abgaben und Lasten, die der Gläubiger von dem verpfändeten Grundstück für den Schuldner getragen hat.

Jetzt wird es Zeit seyn, die Gesetze selbst reden zu lassen. Diejenigen, welche die Meinung hegen und vertheidigen, wie das Pfandrecht sich auf die Hauptschuld beschränke, wenn es nicht auch ausdrücklich der Accessorien wegen ertheilt worden, berufen sich auf L. 13. §. ult. D. de pign., wo Marcian sagt:

15) S. Webers Erörterung §. 17 und §. 18.

Propter usuras quoque, si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus;

und auf L. 11. §. 3. D. de pign. act., wo Ulpian sich also vernehmen läßt:

Si in sortem duntaxat vel in usuras obstrictum est pignus: eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia. Sive autem usurae in stipulatum sint deductae, sive non, si tamen pignus et in eas obligatum sit: quamdiu quid ex his debetur, pignoratitia cessabit. Alia causa est earum, quas quis supra licitum modum promisit: nam hae penitus illicitae sunt.

Beide Stellen beweisen nichts. Die erste Stelle handelt von dem, was Rechtens ist, wenn das Pfandrecht sich auf die Zinsen mit erstreckt, was nach dem Obigen nicht immer der Fall ist. In der zweiten Stelle lehrt Ulpian, die actio pignoratitia könne angestellt werden, wenn diejenige Schuld getilgt sey, wofür die Sache verpfändet ward. Wenn daher das Pfand nur für das Capital verpfändet worden, finde die Klage Statt, wenn bloß das Capital, — im Fall es nur für die Zinsen verpfändet worden, könne die Klage angestellt werden, wenn bloß die Zinsen bezahlt worden. Die Stelle beweist weiter nichts, als daß das Pfandrecht bei der Ertheilung auf das Capital, und daß es, wie oben bemerkt ist, auch bloß auf die Zinsen eingeschränkt werden könne. Einer ausdrücklichen Einschränkung auf das Capital oder auf die Zinsen bedarf es jedoch nicht, sondern der bloße Umstand, daß die Verpfändung für das Capital oder für die Zinsen geschieht, schränkt das Pfandrecht auf das Capital, und beziehungsweise auf die Zinsen ein, und vielleicht war es dies, was Ulpian bei den Anfangsworten unserer Stelle im

Sinne hatte: Si in *sortem* duntaxat vel in *usuras* obstrictum sit pignus.

Daß das Pfandrecht, wenn es simpliciter ertheilt ist, sich auf die Zinsen und andre Nebenforderungen, besonders auch auf die Kosten, die auf das Pfand verwandt sind, mit erstrecke, beweist:

L. 8. §. 5. *D. de pign. act.*

Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras, et quae in id impensa sunt.

Dem Gläubiger steht hiernach das Recht zu, auch wegen der Zinsen, Kosten und andrer Nebenforderungen die Sache zum Verkauf zu bringen, folglich hat er dieser Nebenforderungen wegen auch ein Pfandrecht, er hat es von selbst, vorausgesetzt, was hier nicht erst gesagt zu werden brauchte, und die Natur der Sache ergibt, daß das Pfandrecht nicht auf das Capital ertheilt und eben dadurch auf das Capital beschränkt ist. Weber nimmt an, aus dem jure distrahendi, was dem Gläubiger wegen der Nebenforderungen beigelegt wird, folge nicht, daß dem Gläubiger ein Pfandrecht zustehe; er könne ein jus distrahendi, und doch kein Pfandrecht, haben, indem er es nur mit dem Schuldner zu thun habe, der ihm doch gerecht werden müßte [16]). Das Recht, eine fremde Sache zu verkaufen, entspringt aus dem Pfandrecht, und aus dem jure distrahendi, was die Gesetze dem Gläubiger, um zu seiner Befriedigung zu gelangen, ertheilen, ist man berechtigt, auf ein wirkliches Pfandrecht zurückzuschließen, gleichwie man von der Wirkung auf die Ursache schließen darf, nach der Regel: de causa testatur effectus.

16) S. Webers Erörterung §. 20.

Daß die Gesetze besonders in dieser Sphäre einen solchen Schluß rechtfertigen, erhellt unter andern daraus, daß durch bloße Einräumung des juris distrahendi tacite ein Conventional-Pfandrecht bestellt wird [17]). Wer für diesen Fall das Gegentheil behaupten wollte, müßte erst ein Gesetz nachweisen, worin ausdrücklich gesagt wäre, daß dem Gläubiger der Accessorien wegen das jus distrahendi und doch kein Pfandrecht zustehe. —

Auch auf die öffentlichen Lasten und Abgaben erstreckt sich das Pfandrecht; von ihnen heißt es, sie werden in die Schuld eingerechnet.

L. 6. *C. de pign.*

In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

Die wichtigste Stelle in dieser Materie ist offenbar die *L.* 4. *C. de usuris.*

Per retentionem pignoris, usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est et rationem habet: cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint. Sed enim in causa, de qua agis, haec ratio cessat, siquidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit: postea autem, cum se debitor praestaturum majores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio: quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.

17) L. 3. §. ult. D. Qui pot. in pign.

Diese Stelle beweist, daß in Ansehung der Zinsen zu unterscheiden sey, ob sie zur Zeit der Verpfändung bereits versprochen waren, oder ob sie erst nach der Verpfändung versprochen sind, und wie das ertheilte Pfandrecht sich nur auf jene, nicht aber auf diese erstrecke. Daraus folgt nun, daß es bei der Frage, ob das Pfandrecht, ausser dem Capital, sich auch auf die Zinsen und andre Nebenforderungen erstrecke, auf den vermuthlichen Willen der Contrahenten, nicht aber auf den Satz: Accessorium sequitur principale, ankomme. Denn wäre dieses, so würde jener Unterschied keinen Grund haben, und das Pfandrecht sich auch auf solche Zinsen erstrecken müssen, die erst nach der Verpfändung versprochen sind. Zugleich beweist diese Stelle, daß das Pfandrecht sich auf alles erstreckt, was der Gläubiger zur Zeit der Verpfändung zu fordern hat, nicht bloß auf das Capital, sondern auch auf die Nebenforderungen, wenn die Verpfändung auch nicht ausdrücklich auf letztere mit gerichtet worden. Zu diesem Zweck haben die Ausleger diese Stelle indessen nicht benutzt, ja die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung [18]) haben sie sogar angeführt, um dadurch das Gegentheil zu beweisen. Beides wird dadurch erklärt, daß die Ausleger die Worte: cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint, so verstanden haben, als enthielten sie die Bedingung des aufgestellten Satzes. Nicht die Bedingung des aufgestellten Satzes ist es, was dadurch angedeutet wird, sondern der Grund desselben und die Worte: *cum* pignora conventione pacti etiam usuris obstricta *sint*, wollen nicht sagen, wenn nämlich *in concreto* das Pfand für die Zinsen mit verpfändet worden ist, sondern weil nämlich überhaupt bei einer (simpliciter) geschehenen Verpfändung das

18) Z. B. Malblanc a. a. O.

Pfandrecht sich auf die Zinsen mit ersteckt. Aber, selbst wenn jene Worte die Bedingung des aufgestellten Satzes ausdrücken sollen, liegt darin nicht, daß es einer ausdrücklichen Ausdehnung des Pfandrechts auf die Zinsen bedürfe. —

Nicht wenig auffallend ist es, daß dem Gläubiger für die nachher versprochenen Zinsen nicht bloß ein Pfandrecht, sondern sogar ein Retentionsrecht abgesprochen wird. Wie stimmt dies mit dem Grundsatz überein, den die L. un. C. Etiam ob chirograph. pecun. aufstellt, daß der Gläubiger auch wegen anderer Forderungen, die er an den Schuldner zu machen hat, derentwegen ihm jedoch kein Pfandrecht zusteht, das Pfand dem Schuldner vorenthalten dürfe. So rufen die Ausleger einmüthig, doch keiner ist, der die Aufgabe, diese Antinomie zu heben, befriedigend gelöst hätte. Weber nimmt an [19]), das Gesetz sey von einem Fall zu verstehen, in welchem der Gläubiger nicht mit dem Schuldner oder dessen Erben, sondern mit einem Dritten zu thun hatte. Allein die Sache läßt sich viel leichter erklären und ohne daß man nöthig hat, zu Hypothesen seine Zuflucht zu nehmen, wozu in der Stelle selbst keine Veranlassung liegt. Cujacius macht bei andrer Gelegenheit [20]) die Bemerkung [21]), die constitutio Gordiani rede *de duabus sortibus*. Es ist nämlich nirgends gesagt, daß man, wenn die Hauptschuld getilgt ist, das Pfand wegen blosser Nebenforderungen zurückbehalten dürfe, wofür kein Pfandrecht bestellt ist; die sogenannte constitutio Gordiani redet wenigstens von zwei ganz verschiedenen Forderungen. Die eine war eine Forderung mit einem Pfandrecht, die andre ein

19) Erörterung §. 23.
20) 19. obs. 27.
21) die vor ihm schon Baldus und Salicetus gemacht hatten, wie Bachov bemerkt (de pign. lib. 3. cap. 5. nr. 3.).

Darlehn — also eine zweite Hauptforderung — ohne Pfandrecht. Dieser Umstand bringt nun zwar die Lehre mit der sogenannten constitutio Gordiani, wenn man bloß auf die Worte derselben sieht, in Einklang; allein man wird dadurch noch immer nicht befriedigt. Man wird vielmehr fragen: wenn es erlaubt ist, wegen ganz verschiedenartiger Forderungen die Sache zurückzubehalten, wie sollte es dann nicht eben so gut, ja noch viel mehr erlaubt seyn, es wegen bloßer Nebenforderungen zurückzubehalten? Der eigentliche Grund scheint aber darin zu liegen, daß man von der Idee ausgegangen ist, man dürfe das Pfand zwar wegen andrer Forderungen, aber doch nur wegen solcher anderer Forderungen dem Gläubiger vorenthalten, welche klagbar sind; was nun in dem Rechtsfall, wovon die Stelle im Codex handelt, der Fall nicht war, weil die Zinsen nicht durch Stipulation, sondern nur durch pactum nudum versprochen waren.

Es ist oben behauptet worden, das Pfandrecht stehe dem Gläubiger, unter andern Accessorien, auch wegen der etwa verabredeten Conventionalstrafe zu. Das Gegentheil scheint die L. 22. C. de usuris zu lehren. Es heißt daselbst:

> Pignoribus quidem intervenientibus, usurae, quae sine stipulatione *peti* non poterant, pacto *retineri* possunt. Verum hoc jure constituto, cum hujusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae summae praestari poenam convenisse proponas: nec peti, nec retineri quicquam amplius potest, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina juris perspicis.

Westphal nimmt an, das Gesetz sey so zu verstehen, der Gläubiger könne ausser (dem Capital und) der verabredeten Geldbuße nicht noch besonders usuras *morae* be-

gehren, und deshalb ein Retentionsrecht ausüben, weil die verabredete Geldbuße statt Interesse und Zinsen sey. Allein, nicht undeutlich wird dem Gläubiger auch die Conventionalstrafe abgesprochen, und von Verzugszinsen kommt in der ganzen Stelle keine Spur vor. Die natürlichste Erklärung scheint zu seyn: der Schuldner war in mora gewesen, hatte aber post moram commissam die Hauptschuld abgetragen, folglich fielen die Folgen der mora, also die Forderung der Conventionalstrafe weg, und Zinsen konnten nicht gefordert werden, weil keine versprochen waren. Mit Recht rescribirte daher der Imperator: der Gläubiger dürfe die Sache dem Schuldner nun nicht länger vorenthalten: nec peti, nec retineri quicquam *amplius* potest, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina juris perspicis. Auf allen Fall beweist die Stelle nicht, daß dem Gläubiger der Conventionalstrafe wegen nicht an und für sich ein Pfandrecht zustehen sollte, aber freilich steht es ihm nicht zu, wenn diese Forderung selbst wegfällt.

Die angeführten Gesetzstellen werden dazu dienen, die oben aufgestellten Grundsätze zu bestätigen, so weit sie nämlich noch erst einer Bestätigung bedürfen. Denn, daß ein auf das Capital oder auf die Accessorien ertheiltes Pfandrecht auf jenes oder auf diese zu beschränken sey, liegt zu sehr in der Natur der Sache, als daß es noch erst einer gesetzlichen Bestätigung bedürfte. Ja, die Gesetze bestätigen auch diesen Grundsatz, indem es, ihnen zufolge, auf den Willen der Contrahenten ankömmt, wie er sich bei der Verpfändung offenbart, — wenigstens mittelbar.

Was nun Rechtens sey, wenn das Pfandrecht auf andre Art, als durch Vertrag, zu Stande kömmt? — Im Allgemeinen eben das, was vom Conventional-Pfandrecht gesagt

ist. Dem Gläubiger steht das Pfandrecht zu, so weit es ihm wirklich ertheilt ist, und wenn z. B. das Gesetz dem Gläubiger ein Pfandrecht simpliciter ertheilt, so ist auch hier kein Grund vorhanden, die Sicherheit, welche das Gesetz dem Gläubiger gewähren will, auf die Hauptschuld einzuschränken; sie wird ihm vielmehr in Ansehung alles dessen zustehen, was er z. B. aus dem Contract zu fordern hat, dessen Erfüllung das Gesetz sicher stellen will.

§. 6.

Untheilbarkeit des Pfandrechts.

Die Begriffe von Theilbarkeit und Untheilbarkeit, die sich zunächst auf die sinnliche Welt beziehen, werden, aus ihr entlehnt, namentlich auf unkörperliche Rechte angewandt. Das Pfandrecht gehört zu denjenigen Rechten, welche untheilbar sind. Und darin ist es dem Hauptrecht unähnlich; denn, wenn auch dieses theilbar ist, das Pfandrecht ist unter allen Umständen untheilbar. Diese Untheilbarkeit des Pfandrechts ist nicht bloß der Sache, sondern auch dem Ausdruck nach im römischen Recht gegründet; denn es ist darin von der *individua pignoris causa* die Rede [1]). Der Grund der Untheilbarkeit ist nicht die accessorische Natur des Pfandrechts, wie manche angenommen haben, denen Bachov [2]) widerspricht — diese würde gerade auf das Gegentheil führen — noch weniger, wie er selbst annimmt, ein willkührlich zu Gunsten des Gläubigers gegebenes Gesetz, um ihm den Verkauf des Pfandes zu erleichtern, weil Niemand sich leicht entschließen würde, die Sache theilweise zu kaufen; son-

1) L. 65. D. de evict. 2) De pign. lib. 3. cap. 2. nr. 1.

sondern der wahre Grund liegt ohne Zweifel in der Natur der Sache, in der Absicht nämlich, die bei Errichtung des Pfandrechts obwaltet. Das Pfand soll dem Gläubiger Sicherheit dafür gewähren, daß er dasjenige, wofür es eingesetzt ist, sey es die ganze Schuld oder ein Theil derselben, nicht etwa nur zum Theil, sondern ganz erhält [3]). Es haftet daher für die ganze Schuld und jeden Theil derselben ganz. Wenn daher

1) nur ein Theil der Schuld bezahlt ist, bleibt dennoch die Sache für den Rückstand ganz verhaftet; ja selbst wenn auch die Hauptschuld getilgt ist, und bloß Zinsen rückständig geblieben, dauert für diese, insofern sich das Pfandrecht darauf mit erstreckt, das Pfandrecht unverändert fort [4]). Um das Pfand frei zu machen, muß man die ganze Schuld tilgen [5]). Daraus folgt nun auch, daß, wenn der Gläubiger den Schuldner mit andern beerbt, und in Folge dessen seine Forderung nach Verhältniß der Größe seines Erbtheils erlischt, diese nur zum Theil geschehene Tilgung der Verbindlichkeit auf das Pfandrecht, was ihm etwa zustand, ohne Einfluß ist, selbiges vielmehr für das Uebrige unverändert fortdauert [6]). Sogar wenn mehrere Sachen für dieselbe Schuld zum Pfande gegeben sind, wird keine derselben frei, bevor nicht die ganze Schuld bezahlt ist [7]).

3) Es scheint dies auch L. 85. §. 6. D. de verb. oblig. bestätigt zu werden.

4) L. ult. C. de debitore vend. pignus.

5) L. 3. C. de negot. gestis. L. 85. §. 6. D. de verb. obl.

6) *L.* 1. *C. de hered. act.* Pecuniam, quam tibi a matre debitam fuisse dicis, ab heredibus ejus, coheredibus tuis, pro parte tibi competente petere debes. Sed et res, si quae tibi ob idem debitum obligatae sunt, persequi non prohiberis.

7) *L.* 19. *D. de pign.* Qui pignori plures res accepit, non cogitur, unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur.

2) Obgleich ausstehende Forderungen, die zu einer Erbschaft gehören und dergleichen Schulden unter den Miterben ipso jure getheilt sind, so haftet doch das Pfandrecht in Beziehung auf die einzelnen Miterben, wegen der Untheilbarkeit desselben, auf der ganzen Sache. Wenn daher der Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, so haftet das Pfand jedem Erben wegen seines Antheils an der Forderung in solidum [8]), und wenn dem einen sein Antheil bezahlt wird, können die übrigen es nichts desto weniger zum Verkauf bringen [9]). Wenn umgekehrt der Schuldner mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, und einer der Erben seinen Antheil an der Schuld bezahlt, so wird das Pfand überall nicht, auch nicht theilweise, freigemacht, es dauert vielmehr das Pfandrecht wegen der Antheile der übrigen eben so gut ganz fort, wie wenn der Schuldner selbst nur einen Theil der Schuld bezahlt hätte [10]). Der Gläubiger kann daher die verpfändete Sache auch wegen der rückständigen Antheile ganz verkaufen [11]).

3) Ist das verpfändete Grundstück unter mehrere vertheilt, oder sind mehrere Sachen für dieselbe Schuld verpfändet, so findet die actio hypothecaria gegen jeden einzelnen Besitzer insoweit in solidum statt, daß er sich nur durch Bezahlung der ganzen Schuld von der Klage frei machen

8) L. 1. C. si unus ex plurib. hered.

9) Nur müssen sie dem Schuldner, wenn dieser sich im Besitz des Pfandes befindet, so viel er den befriedigten Miterben bezahlt hat, zurück zu zahlen sich bereit erklären. *L.* 11. §. 4. *D. de pign. act.* Si creditori plures heredes exstiterint et uni ex his pars ejus solvatur: non debent caeteri heredes creditoris injuria affici; sed possunt *totum* fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit. Quae sententia non est sine ratione. *BACHOV* de pign. lib. 3. cap. 2. nr. 1.

10) L. 8. §. 2. D. de pign. act.

11) L. 16. C. de distr. pign. L. 1. C. de luit. pign.

kann [12]). Ueberhaupt ist der Grundsatz von der Untheilbarkeit des Pfandrechts im römischen Recht mit der größten Folgerichtigkeit durchgeführt.

§. 7.

Von den Gegenständen des Pfandrechts.

Da die Verpfändung zum Zweck hat, dem Gläubiger in der ihm verpfändeten Sache das Mittel in die Hände zu geben, wodurch er sich zu seiner Befriedigung durch Verkauf nöthigenfalls selbst verhelfen kann, so können wir schon von selbst wissen, daß alle Sachen Gegenstand des Pfandrechts seyn können, die man kaufen und verkaufen kann. Wirklich gibt auch Gajus die Regel:

> quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest [1]),

und umgekehrt lehrt Marcianus:

> Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest, ut D. Pius Claudio Saturnino rescripsit [2]).

Es kann hiernach im Allgemeinen Gegenstand des Pfandrechts seyn alles, was überhaupt Object von Rechten seyn kann, also Sachen, namentlich Sclaven, z. B. Notarien [3]), nicht aber Personen oder freie Menschen [4]), — und zwar solche Sachen, welche in commercio und vom Verkauf nicht besonders ausgenommen sind, mögen es dann übrigens seyn

12) L. 2. C. si unus ex plur. hered.

1) L. 9. §. 1. D. de pign.

2) L. 1. §. ult. D. quae res pignori.

3) L. 26. C. de pign.

4) L. 5. D. quae res pign. L. 6. C. eod.

körperliche Sachen, und diese wiederum entweder bewegliche oder unbewegliche — oder unkörperliche, d. h. Rechte.

Einzelne Arten der körperlichen Sachen aufzuzählen, bedarf es nicht; von verpfändeten körperlichen Sachen ist nichts Besonderes zu bemerken; destomehr von den Rechten. Die Verpfändung von Rechten hat meistens etwas Anomalisches. Tauglich zur Verpfändung sind nur solche Rechte, welche von der Art sind, daß der Gläubiger durch Ausübung oder Veräusserung derselben sich selbst bezahlt machen kann.

Zuerst erwähnen wir billig des vorzüglichsten aller Rechte, nämlich des Eigenthums; aber bloß, um es nicht mit Stillschweigen zu übergehen. Es versteht sich, daß dieses nicht verpfändet werden könne, weil der Eigenthümer die Sache selbst verpfänden kann, auch wenn er nicht im Besitz ist, nämlich durch das pactum hypothecae.

Wohl aber können I. diejenigen Rechte verpfändet werden, welche dem Eigenthum am nächsten kommen, nämlich die jura emphyteuseos und superficiei. Die Gesetze drücken sich so aus, als ob die körperlichen Sachen, welche den Gegenstand dieser Rechte ausmachen, das fremde Grundstück, woran Jemandem das jus emphyteuseos zusteht, das Gebäude, was auf fremdem Boden steht, verpfändet werden können von dem Emphyteuten und beziehungsweise von dem Superficiar [5]). Allein es würde dies gegen die nur so eben angeführte Regel verstoßen: was man nicht verkaufen kann, das kann man auch nicht verpfänden. Namentlich kann der

5) *L.* 16. §. 2. *de pign. act.* Etiam vectigale praedium pignori dari potest. Sed et superficiarium: quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. L. 31. D. de pign. L. 13. §. 3. D. eod. *L.* 15. *qui pot. in pign.* Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest. Ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium.

Emphyteuta nur sein *jus emphyteuticum* veräussern, und wenn die Gesetze an einigen Stellen lehren, er dürfe das Grundstück veräussern, so erhellet aus andern, daß darunter nur das dingliche Recht am fremden Grundstück zu verstehen sey [6]), welches dann auch auf die Superficies, und was vom Verkauf beider gilt, auf die Verpfändung beider Anwendung finden dürfte.

II. Auch der Nießbrauch ist mögliches Object des Pfandrechts.

Es kann nämlich der Eigenthümer Jemandem zur Sicherheit seiner Forderung einen Nießbrauch einräumen. Dadurch sind dann die Früchte verpfändet, welche die Sache hervorbringt, und zugleich ist das Recht eingeräumt, diese Früchte selbst zu gewinnen, um sich durch selbige bezahlt zu machen [7]). Es läßt sich auch denken, daß bloß die Früchte verpfändet werden, ohne daß dem Gläubiger die fruchttragende Sache übergeben und ihm das Recht eingeräumt wird, die Früchte selbst zu gewinnen; dies würde aber kein verpfändeter ususfructus seyn. Auch ist mit dem Fall eines

6) L. 71. §. 6. D. de legatis I. L. 3. C. de jure emphyt. Meine Lehre vom Eigenthum S. 421.

7) *L.* 11. §. 2. *D. de pign.* Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem. Et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei jus uti frui invito se: tali exceptione eum praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emtorem ususfructus tuetur praetor, car non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori objicietur exceptio. *L.* 15. *pr. D. de pign.* Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt: ut fructus pendentes, partus ancillae, faetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sunt hypothecae obligata. Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu aut de his, quae nascuntur: sive is, qui usumfructum habet.

verpfändeten ususfructus nicht zu verwechseln der Fall, da die Sache selbst verpfändet, und dem Gläubiger nebenher das Recht eingeräumt wird, die Früchte, statt der Zinsen, zu genießen, die antichresis [8]), — oder um sich wegen des Kapitals bezahlt zu machen.

Es kann ferner derjenige, dem selbst nur ein ususfructus zusteht, ein Pfandrecht am ususfructus constituiren, auf eben die Art, wie der Eigenthümer [9]), nur daß hier das Pfandrecht nicht länger dauert, als der dem Verpfänder zustehende ususfructus selbst [10]). Es kann also 1) zur Sicherheit einer Forderung ein Nießbrauch bestellt werden; es kann 2) ein bestellter verpfändet werden. Der ususfructus, als Gegenstand des Pfandrechts, kömmt doppelt vor, entweder als *constituendus* oder als *constitutus*. Beide gelten nicht ipso jure, sondern stehen unter des Prätors Schutz; der letztere kann schon deshalb nicht anders gelten, weil auch der Verkauf des ususfructus *constituti* nur auf diese Art aufrecht erhalten wird [11]). Besonders hat der ususfructus pignoris causa constituendus etwas sehr Unregelmäßiges, welches ihn eines Schutzes durch den Prätor sehr bedürftig macht. In andern Fällen gibt der Schuldner, was er in bonis hat, zum Pfande, und wenn besonders von Rechten die Rede ist, so verpfändet er ein schon vorhandenes und von der Verpfändung unabhängiges Recht; hier aber wird dem Gläubiger ein Recht eingeräumt, was erst durch die Verpfändung selbst entsteht. Man kann daher in diesem Fall gar nicht eigentlich sagen, es werde ein ususfructus verpfändet, sondern es wird ein sol-

8) *Bachov* de pign. lib. II. c. VI. nr. 1.

9) L. 11. §. 2. D. de pign. L. 15. pr. D. de pign. S. die vorletzte Note.

10) L. 8. pr. D. de quib. modis pignus.

11) L. 11. §. 2. D. de pign. S. die Note 7.

cher zur Sicherheit einer Forderung errichtet. Es ist freilich wahr, was Galvani einwendet [12]): das Recht, die Früchte zu genießen, ist in dem Eigenthum enthalten und also vor der Verpfändung vorhanden, allein hier wird doch der usus-fructus als ein vom Eigenthum abgesondertes Recht, als ein jus, re *aliena* utendi fruendi, *salva ejus substantia* gedacht; vom ususfructus formalis ist hier die Rede.

Ist der Nießbrauch auf die eine oder andere Art verpfändet, so kann der Gläubiger, wenn er zur rechten Zeit nicht befriedigt wird, die Sache selbst nicht verkaufen; das versteht sich [13]). Aber es entsteht die Frage: kann er verkaufen, was verpfändet und verkäuflich ist, den Nießbrauch? Bachov [14]) und Galvani [15]) bejahen diese Frage. Bachov lehrt: er könne den Nießbrauch in der Art verkaufen, daß der Käufer denselben ausübe, so lange das Pfandrecht des Gläubigers dauert. Er schreibt nämlich:

> Effectus hujus pignoris erit, ut creditor, non soluta pecunia, usumfructum vendere possit, sed nimirum, ut emtor eo jure eum habeat, quo penes creditorem fuit et eo tamdiu utatur, quamdiu durat jus in persona debitoris, salvo semper jure proprietarii, cujus conditio per fructuarium nulla ratione deterior fieri potest etc.

Aber, wenn der Gläubiger vom jure distrahendi Gebrauch macht, so erlischt ja das Pfandrecht des Gläubigers durch die Befriedigung, die ihm durch den Verkauf zu Theil wird, was bliebe also für den Käufer übrig? Also irren Bachov und Galvani. Nimmt man hingegen die Meinung derje-

12) De usufructu cap. 39. §. 2.
13) L. 1. C. si pignus pign. nr. 4.
14) De pign. lib. 2. cap. 6.
15) De usufructu cap. 39. §. 2.

nigen an, die Bachov bekämpft, daß nämlich ein dem Gläubiger verpfändeter und dann von ihm verkaufter Nießbrauch niemals zu dem Eigenthümer zurückkehre, so würde der Schuldner fürwahr sehr hart und ungerecht behandelt werden; für ihn, der nur einen Nießbrauch verpfändete, würde durch den Verkauf desselben das Eigenthum verloren gehen, wenigstens allen Werth verlieren. Es würde hier durch Verpfändung ein Recht entstehen, was nicht einmal durch Verkauf entsteht was es gar nicht gibt, nämlich ein ususfructus, der nie ein Ende nimmt. Und wie könnte derjenige durch Verpfändung ein solches Recht ertheilen, dem selbst nur ein (vorübergehender) Nießbrauch an der Sache zustand? —

Die Wahrheit scheint zu seyn, daß hier gar von keinem Verkauf des Nießbrauchs, als einer Aeusserung des aus dem Pfandrecht entspringenden *juris distrahendi*, die Rede seyn kann, sondern, wenn der Eigenthümer dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung einen Nießbrauch bestellt, so geht die Meinung der Contrahenten ohne Zweifel dahin, daß durch die Früchte seine Befriedigung gesichert seyn soll. Dabei könnte nur allenfalls die Frage entstehen, ob er berechtigt sey, statt den Nießbrauch selbst auszuüben, die Ausübung desselben, so lange sein Nießbrauch dauert, einem andern durch Verpachtung oder Verkauf zu überlassen; da dieses Recht einem usufructuarius überhaupt zusteht [16]), so scheint es auch dem Gläubiger, dem ein ususfructus bestellt ist, nicht geradezu abgesprochen werden zu können; es wäre aber immer ein Unterschied vom jus distrahendi eines Pfandgläubigers, der Verkauf würde auch nicht an die Be-

16) *L.* 12. §. 2. *D. de usufructu.* Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare vel vendere potest etc.

dingungen des juris distrahendi eines Pfandgläubigers gebunden, die ganze Handlung auf das Rechtsverhältniß des Gläubigers zu dem Schuldner ohne Einfluß seyn.

Dieselbe Bewandtniß hat es, wenn nicht der Eigenthümer, sondern der usufructuarius den ihm bestellten Nießbrauch verpfändet. Auch die Verpfändung des Nießbrauchs von Seiten des usufructuarii hat schwerlich eine andere Bedeutung, als, der Gläubiger soll auf die Früchte angewiesen seyn und sie genießen, um durch sie seine Befriedigung zu erhalten. Auch machen die Gesetze zwischen beiden Fällen keinen Unterschied, sondern lassen sie vielmehr pari passu gehen [17]). Den ususfructus verpfänden hieße also nichts anders, als dem Gläubiger, seiner Forderung wegen, in dem einen Fall den ususfructus bestellen und in dem zweiten ihn den bestellten ausüben lassen, und, was besonders den usufructuarius betrifft, welcher seinen ususfructus verpfändet, so kann er ihn verpfänden, wie er ihn verkaufen, verpachten u. s. w. kann, d. h. während er selbst *usufructuarius* bleibt, erlaubt er dem Pächter, Käufer u. s. w. die Früchte zu gewinnen, um sie sich statt seiner zuzueignen.

Die Ansicht, die Bachov und Galvani von der Sache und von dem Verkaufsrecht des Gläubigers hegen, scheint darauf zu beruhen, daß sie sich hier das bloße Recht, abgeschieden von der Ausübung, als verpfändet denken — eine Ansicht, die überhaupt nur für den zweiten Fall möglich ist —; allein diese Vorstellung dürfte schwerlich echt römisch seyn; auch kann ja der ususfructus selbst von der Person des Berechtigten gar nicht getrennt und also auch nicht in der Art, wie sonst ein verpfändetes Object, verkauft werden.

17) L. 11. §. 2. D. de pign. L. 15. pr. D. de pign. S. d. Note 7.

Ein Verkauf, welcher jure ususfructus geschieht, gehört aber gar nicht hierher; — und von einem Verkauf jure pignoris kann in Hinsicht auf den ususfructus nicht die Rede seyn; das jus distrahendi, wie es aus dem Pfandrecht entspringt, fällt hier weg, und wenn es ausgeübt werden darf, so ist es — in Hinsicht auf die Früchte.

Es versteht sich übrigens, daß wenn ein ususfructus verpfändet wird, die Art der Benutzung und besonders die Art, wie durch die Früchte die Befriedigung des Gläubigers gesichert werden soll, näher verabredet werden muß. Die Gesetze haben sich hier begnügt, bloß die Möglichkeit der Verpfändung eines ususfructus anzugeben, das Nähere aber der Vereinbarung der Contrahenten überlassen. Von dem Inhalt der Verträge wird es dann auch abhängen, ob mit der Verpfändung des ususfructus Ueberlassung des Grundstücks zur Benutzung an einen Dritten von Seiten des Pfandgläubigers vereinbarlich ist.

Soviel vom ususfructus, als Object des Pfandrechts. Von andern persönlichen Servituten, und namentlich vom usus, schweigen die römischen Gesetze, und die Rechtsgelehrten lehren [18]): der usus könne nicht verpfändet werden.

Was III. Prädialservituten betrifft, so ist zu unterscheiden zwischen der servitus constituta und pignoris causa constituenda

1) die bereits constituirte servitus kann nicht verpfändet werden, oder m. a. W. Niemand kann ein seinem Grundstück zustehendes jus servitutis ohne das Grundstück verpfänden, mit dem Grundstück hingegen ist sie von selbst verpfändet [19]).

18) Unter Beziehung auf L. 8. L. 12. D. de usu et habit. §. 1. J. eod.

19) L. 16. D. de servit.

Wohl aber kann

2) eine servitus rustica, nicht aber eine servitus urbana [20]) zur Sicherheit einer Forderung constituirt werden, in der Art, daß dem Gläubiger die Befugniß ertheilt wird, die servitus, so lange er nicht befriedigt ist, auszuüben, was aber voraussetzt, daß er ein benachbartes Grundstück besitzt, welchem das Grundstück des Schuldners dienstbar seyn kann, und wenn er nicht zur bestimmten Zeit befriedigt wird, sie an den Besitzer eines praedii vicini zu verkaufen [21]). Der Grund, weshalb servitutes urbanae nicht, wohl aber rusticae, verpfändet werden können, scheint in der Natur der Sache und zwar darin zu liegen, daß die servitutes urbanae nur bloß dem Gläubiger, die rusticae aber andern benachbarten Grundstücken eben so gut von Nutzen seyn und also an den Besitzern benachbarter Grundstücke Käufer finden können [22]).

Daß Servituten, nämlich vorzugsweise so genannte oder Prädialservituten, als selbstständige Rechte überhaupt Object der Verpfändung seyn können, hat abermals etwas Anomalisches und ist nur zugelassen, um das Gebiet der zu verpfändenden Objecte zu erweitern und dadurch den Verkehr unter

20) L. 11. §. 3. D. de pign.

21) *L.* 12. *D. de pign.* Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait: ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

22) *CUJAC.* 15. obs. 6. *CYPRIANUS REGNERUS ab OOSTERGA* censura belgica ad leg. 11. §. 3. D. de pign. Westphal im Pfandrecht §. 139. Bachov (de pign.) ohne im Stande zu seyn, einen bessern Grund anzugeben, macht gegen diesen einige unerhebliche Ausstellungen.

den Menschen zu befördern [23]). Das Anomalische besteht hier, wie beim ususfructus pignoris causa constituendus, wiederum darin, daß hier nicht ein vorhandenes Recht verpfändet, sondern durch die Verpfändung selbst das Recht, was Sicherheit gewähren soll, erst geschaffen wird. Die Rechtsgelehrten finden es bloß darin, daß der Grundsatz: servitus ad tempus constitui nequit [24]), verletzt wird [25]). Wir sehen übrigens, daß auch hier dem Gläubiger die verpfändete Servitus zur Ausübung überlassen wird; wir sehen zugleich, daß hier ein jus distrahendi Statt findet, wodurch sich eine Verpfändung der Prädialservituten von der Verpfändung des ususfructus unterscheidet, weil es bei ihnen keine Früchte gibt, durch deren Verkauf der Gläubiger sich bezahlt machen kann.

Besonders wichtig, als Object der Verpfändung, ist IV. das *nomen*. Auch hier gilt die Verpfändung desselben nicht ipso jure, sondern wird per tuitionem praetoris aufrecht erhalten. Beim verpfändeten nomen erscheint das Recht des Gläubigers zunächst in der Gestalt eines persönlichen Rechts, aber nicht gegen den Schuldner, sondern gegen einen Dritten; der Schuldner des Schuldners ist es, den er in Ansprache nehmen kann; weiterhin ist es das Object der Verbindlichkeit, wodurch seine Befriedigung sicher gestellt werden soll. Derjenige, dem ein nomen verpfändet ist, hat ein jus exigendi, vermöge dessen er von dem Dritten abfordern kann, was dieser Dritte dem Pfandschuldner schuldig ist. Zu diesem Ende steht ihm gegen den Dritten nicht die actio hypothecaria, sondern eine persönliche Klage zu, nämlich actio utilis ea,

23) S. die angeführte L. 12. D. de pign. in den Schlußworten.
24) L. 4. D. de serv.
25) S. *VINNIUS* quaest. jur. c. 32. *PEREZ* prael. in C. lib. 8. tit. 17. nr. 10.

quam directam debitor ipse habet. Hat der Gläubiger von dem jure exigendi mit Erfolg Gebrauch gemacht, so rechnet er das erhobene Geld auf seine Forderung ab; waren es aber andere Sachen, welche das Object des persönlichen Rechts ausmachten, so behält er sie als Pfand. Um zu verhindern, daß der Dritte den Pfandschuldner, seinen Gläubiger, nicht befriedige, hat derjenige, dem ein Pfandrecht am nomen zusteht, dem Dritten von der geschehenen Verpfändung Nachricht zu geben, grade wie bei der Cession [26]). Ob hier dem Gläubiger, wenn er nicht zur rechten Zeit befriedigt wird, ein jus distrahendi nomen zustehe, diese Frage läßt sich, wenn man sie bejaht, nur aus der Natur des Pfandrechts, wenn man sie verneint, noch leichter, und, wie es scheint, stärker beweisen. Daß die Verpfändung eines nomen etwas Unregelmäßiges an sich habe, geben die Gesetze dadurch zu erkennen, daß sie diese Verpfändung unter den Schutz des Prätors stellen; Schlüsse aus der gewöhnlichen Natur des Pfandrechts sind also nicht sicher. Der Schutz des Prätors, erstreckt sich schwerlich weiter, als im Gesetz angegeben ist. Si convenerit, heißt es *L.* 18. *pr. D. de pign. act.*, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio. *Ut et te in exigenda pecunia* et debitorem adversus me, si cum eo experiar, *tueatur*. Der Schutz des Prätors ist also, in Hinsicht auf den Pfandgläubiger, gerichtet auf das *Exigere pecuniam*, weiter nicht. Nirgends ist an dieser Stelle noch sonst in den Gesetzen die Rede davon, daß der Gläubiger das verpfändete nomen verkaufen dürfe; vielmehr heißt es an einer anderen Stelle vom Gläu-

26) L. 18. D. de pign. act. L. 20. D. de pign. L. 4. C. quae res pign. L. 7. C. de hered. vel act. vend. Meine Abhandlung über diese Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts, §§. 4. 5.

biger, dem ein nomen verpfändet ist: er dürfe, wenn er nicht zur rechten Zeit befriedigt wird, das verpfändete nomen — einklagen [27]). Dies Einklagen vertritt hier die Stelle des juris distrahendi; es verhilft dem Gläubiger zur Befriedigung durch das verpfändete Object, und zwar unmittelbar, wenn, wie gewöhnlich, ein nomen pecuniarium verpfändet ist. Nur wenn das Object der Verbindlichkeit eine körperliche Sache ist, (keine quantitas) nur dann läßt sich in Ansehung ihrer, die das entferntere Object der Verpfändung ausmacht, ein jus distrahendi ausüben, nachdem der Gläubiger durch Ausübung des Pfandrechts am nächsten Object in den Besitz des entfernteren gekommen ist. Nicht nur bedarf es des Verkaufs des nominis nicht, sondern es würde auch ein Verkauf dieser Art zum Nachtheil des Schuldners, ja auch des Gläubigers gereichen, denn mehr, als sie beträgt, wird Niemand für die Forderung geben, wenn er sie kauft; eher weniger.

Hier ist der Ort V. des verpfändeten Pfandes zu gedenken. Der Gläubiger kann, nach römischem Recht, das Pfand weiter verpfänden. Die Gesetze lassen darüber Folgendes ersehen. Dem zweiten Gläubiger dient die Sache, wie dem ersten, zum Pfande; er kann, wenn er sie besitzt, ein jus retentionis daran, wie der erste, ausüben; er kann, wenn er sie nicht besitzt, sie mit der actio hypothecaria verfolgen; er kann sie verkaufen [28]). Diese verschiedenen Rechte

27) L. 4. C. quae res pign.

28) Vom verpfändeten Pfande gibt es im Codex einen eigenen Titel (Lib. 8. tit. 24.). Es handeln davon folgende Stellen *L.* 40. §. 2. *D. de pign. act.* Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet, nec quidquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris, neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur. *L.* 13. §. 2. *D. de pign.* Cum pignori

stehen, in Hinsicht auf den zweiten Gläubiger, ohne Zweifel unter denselben Bedingungen, wie in Hinsicht auf den ersten. Er kann sie also mit der actio hypothecaria verfolgen, er kann sie verkaufen, wenn die Forderung des ersten Gläubigers und auch die seinige fällig ist. Zugleich mit dem Pfande ist die Forderung, zu deren Bedeckung es dienen soll, als verpfändet zu betrachten. Dieser Umstand dient dazu, alles Unregelsige und Räthselhafte in dieser Materie aufzuklären. Es scheint damit nämlich folgende Bewandtniß zu haben. Die ihm verpfändete Sache selbst kann der Gläubiger nicht verpfänden; denn sie ist res aliena, woran kein Pfandrecht haf-

rem pignoratam accipi posse placuerit: quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur: et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur, sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit, an non. Quid enim, si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. *L.* 1. *C. Si pignus pignori.* Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse jamdudum placuit: scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit.

Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis: isque, qui accepit, alii eam possessionem cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit, creditor ejus, id in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit. Quod si non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata, et ante exsolutam a domino pecuniam, creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, Divorum principum placitis continetur. *L.* 2. *eod.* Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris juri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare. S. übrigens meine angeführte Abhandlung §. 3.

tet; nur, was ihm zusteht, kann er verpfänden, und dieses ist das Pfandrecht [29]). Gleichwie aber das Pfandrecht, als ein jus accessorium, von der Forderung sich nicht trennen läßt, so ist durch Verpfändung des Pfandes nicht nur das Pfandrecht, sondern die Forderung zugleich mit verpfändet; ja diese macht sogar den Hauptgegenstand der Verpfändung aus. Der zweite Gläubiger kann, als wäre er der erste Gläubiger, die Forderung, und als wäre es ihm ursprünglich bestellt, das Pfandrecht, auf eben die Art geltend machen, wie der erste Gläubiger es gekonnt hatte [30]). Und wie das pignus nominis ipso jure civili nicht

29) Zwar heißt es L. 13. §. 2. D. de pign. es stehe dem zweiten Gläubiger ein Pfandrecht an der Sache zu — *pignus secundo creditori tenetur* — aber dies hat doch wohl nur die Bedeutung: er könne das Pfandrecht des ersten Gläubigers an Stelle desselben geltend machen. In der Wirkung ist es übrigens einerlei, ob man annimmt, der Gläubiger habe durch Verpfändung des Pfandes die Sache oder sein Recht daran verpfändet. Die Verpfändung des Pfandes gilt doch immer nicht bloß unter den Contrahenten, wie wenn sonst eine res aliena verpfändet wird, sondern es entstehen dadurch auch Rechte in Hinsicht auf die Sache gegen den Eigenthümer und gegen den dritten Besitzer, wie sie sonst aus einem Pfandrecht entstehen.

30) Auffallend ist es übrigens, daß alle die, verhältnißmäßig vielen Stellen, die vom verpfändeten Pfande handeln, bloß von der Sache reden; daß in allen nur die Rechte des Gläubigers am verpfändeten Pfande hervortreten und von den Rechten gegen die Person des (ersten) Schuldners auch nicht einmal nebenher die Rede ist; nur eine Stelle redet zugleich vom nomen, und auch diese sagt nicht gradezu, daß selbiges durch die Verpfändung des Pfandes mit verpfändet sey, sondern läßt es nur schließen. Man muß wohl annehmen, daß man dies letztere, als etwas sich von selbst Verstehendes, in den übrigen hinzuzusetzen nicht für nöthig gehalten habe; wie denn auch in der zuletzt erwähnten Stelle Marcian grade auf solche Art davon spricht. Die meisten Ausleger bleiben dabei stehen, daß man das Pfand verpfänden könne — andere sagen: das Pfandrecht — und erwähnen nichts von dem dadurch verpfändeten nomen, welches dann aber durch die Art, wie die Gesetze vom verpfändeten Pfande reden, erklärt wird. S. übrigens meine angeführte Abhandl. §. 3.

nicht gilt, sondern unter des Prätors Schutz steht, so wird auch die Verpfändung des Pfandes, wodurch das nomen mit dem Pfandrecht verpfändet wird, per tuitionem praetoris aufrecht erhalten. Das Pfandrecht des zweiten Gläubigers ist dabei von demjenigen des ersten abhängig; es kann nur dauren, so lange als das erste besteht, und verschwindet, wie dieses aufhört. — Umgekehrt kann das zweite aufhören, ohne daß das erste deshalb aufhört; denn es verhält sich zum ersten, wie die res accessoria zur res principalis [31]). — Bezahlt der Schuldner dem ersten Gläubiger die Schuld, so erlischt auch das Pfandrecht des zweiten [32]), es sey denn, wie hier aus Grundsätzen vom verpfändeten nomen zu entlehnen ist, daß der zweite Gläubiger den Schuldner von der geschehenen Verpfändung des Pfandes benachrichtigt hat; denn nach der denunciatio darf er ihm nicht weiter zahlen, wenigstens nicht, ohne daß er dem zweiten verhaftet bleibt. Bezahlt er dem zweiten, so erlischt auch das Pfandrecht des ersten. Er braucht auch dem zweiten nicht mehr zu bezahlen, als er dem ersten schuldig ist — wenn auch die Forderung des zweiten sich höher beläuft —, um das Pfand völlig frei zu machen [33]). Hingegen wird es nicht frei, wenn er dem zweiten weniger bezahlt, sollte es auch zur Befriedigung des zweiten Gläubigers hinlänglich seyn. Ist der zweite Gläubiger im Besitz der verpfändeten Sache, so würde er sich dem ersten verantwortlich machen, wenn er sie dem Schuldner zurückgibt, bevor dieser die Forderung des ersten Gläubigers in ihrer ganzen Größe getilgt hat [34]).

Die angeführte Regel: alles kann verpfändet werden,

31) *Perez* ad C. lib. 8. tit. 24. nr. 2. 3.

32) L. 13. §. 2. D. de pign.

33) L. 2. C. Si pignus pign.

34) Westphal im Pfandrecht. S. 207. 208.

was verkauft werden kann, um wieder auf sie zurückzukommen, paßt auch, ja fast noch besser, auf den contractus pignoratitius. Von den Objecten des Pfandrechts ist sie wenigstens nicht allgemein gültig. So können fremde Sachen, d. h. solche, die dem Schuldner nicht gehören, Gegenstand des Pfandcontracts seyn, gleichwie sie Object des Kaufcontracts seyn können, während man daran, wenigstens der Regel nach, kein Pfandrecht haben kann [35]). Umgekehrt kann man an einigen Sachen ein Pfandrecht erwerben, die doch nicht durch den contractus pignoratitius zum Pfande übergeben werden können. Dahin gehört das *nomen*; denn ein nomen kann man nicht besitzen, weder vere noch quasi, folglich kann der Besitz desselben auch nicht von dem einen auf den andern übergehen; man kann daran nur ein Pfandrecht im allgemeinen Verstande und zwar eine Hypothek haben [36]). Dahin gehören ferner *res futurae*.

Das römische Recht nimmt den Ausdruck res futurae in einem doppelten Sinn, wenn von den Objecten des Pfandrechts die Rede ist.

35) L. 6. C. Si aliena res pign. Indessen hat man deshalb gerade nicht nöthig, mit Westphal (im Pfandrecht §. 106. Note 128) anzunehmen, die L. 9. §. 1. D. de pign. hange mit L. 10. und L. 12. D. de pign. act. zusammen, und sey, wie diese Stellen, eigentlich nur von dem Faustpfande zu verstehen, hätte daher unter dem Titel de pign. act. und nicht de pignoribus gesetzt werden sollen. Die Verfertiger der Gesetzsammlung verdienen hier keinen Vorwurf, scheinen vielmehr ihre Sache recht gut gemacht zu haben. Ein Grundsatz vom angeführten Inhalt muß billig für das Pfandrecht überhaupt aufgestellt werden und als ein leitender Stern voranleuchten. Er gilt denn doch immer als Regel; auch kann man sagen, es werde dabei vorausgesetzt, daß die zu verpfändende Sache dem Verpfänder gehöre; oder besser, es werde dabei abgesehen von der Frage: wer ein Pfandrecht bestellen könne, und gelte dann als Regel ohne Ausnahme.

36) Meine angeführte Abhandlung §. 2.

Es meint unter rebus futuris einmal Sachen, die noch nicht in rerum natura oder doch nicht als selbstständige Sachen vorhanden sind, namentlich Früchte, die entweder noch nicht erzeugt oder noch nicht von der res frugifera abgesondert sind, es mögen nun seyn fructus animati, wie die foetura animalium, und, was hier damit in eine Classe gesetzt wird, das Kind der römischen Sclavinn, oder fructus inanimati, wie Getreide, Obst, Gartenfrüchte. In diesem Sinn wird von rebus futuris gesagt, daß sie verhypothesirt werden können, in der L. 15. pr. D. de pign. (s. die Note 4.) und in der L. 11. §. 3. qui pot. in pign.

Ferner versteht das römische Recht unter rebus futuris, was wir gewöhnlich meinen, wenn im Pfandrecht von rebus futuris die Rede ist, nämlich Sachen, deren Eigenthum der Schuldner erst nach der Verpfändung erwirbt. Es leidet keinen Zweifel, daß der Schuldner im Voraus verpfänden könne, was er in Zukunft erwerben wird, auch sagen es die Gesetze ausdrücklich [37]), und bedienen sich für diese Art von rebus futuris besonders des Ausdrucks: Bona, quae quis habiturus est.

Es entsteht hier die Frage: wann nimmt das Pfandrecht an rebus futuris dieser letztern Art seinen Anfang, schon mit dem Augenblick der Bestellung, oder erst dann, wenn aus der res futura res praesens geworden ist? eine Frage, deren Entscheidung sehr wichtig und reich an Folgerungen ist. Schon Anton Faber [38]) stellte den Satz auf, die Hypothek an rebus futuris (worunter dann bona, quae quis habiturus est, gemeint sind) nehme erst mit dem Zeitpunct, da der Schuldner das Eigenthum derselben erwirbt, ihren Anfang,

37) L. 9. C. quae res pign. 38) Conjecturae Lib. II. c. 10.

und eben dies behauptete auch Hellfeld [39]), beide nur beiläufig. Man hat ihnen indessen nicht glauben wollen, auch haben sie den Beweis ihrer Behauptung nicht vollständig geführt, weder jeder einzeln für sich, noch beide zusammengenommen. Sie ist aber nichts desto weniger richtig, diese Behauptung. Den Beweis liefert 1) die Natur der Sache. Der Schuldner kann an einer Sache kein Pfandrecht constituiren, die ihm nicht gehört; dies ist in diesem Augenblick der Fall in Ansehung einer res futura. Ohne positive Bestimmung kann daher das Pfandrecht erst mit dem Augenblick des Erwerbs anfangen. 2) Die Gesetze enthalten eine solche Bestimmung nicht, sie lehren vielmehr grade das Gegentheil.

L. 7. §. 1. *D. qui pot. in pign.*

Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquisiero, putat Marcellus, utrumque concurrere in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit: quippe cum res ex nummis pignoratis emta, non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

Rem futuram verpfänden, oder eine Sache verpfänden, unter der Bedingung, wenn sie uns dereinst gehören wird, ist gleichbedeutend. Die Bedingung, die hier ausgesprochen wird, ist dort tacite in den Worten enthalten gewesen. Aber diese Bedingung kann nicht zurückgerechnet werden; denn das Zurückrechnen der Bedingung setzt doch immer voraus, daß der Schuldner über das Object schon jetzt zu disponiren be-

39) Diss. de hypotheca fisci, praesertim in bonis post contractum quaesitis, inprimis §. 16, in opuscul. nr. X. p. 231.

rechtigt war. Auch hängt es ja von demjenigen ab, welcher sein künftiges Vermögen oder eine Sache unter der Bedingung, daß sie ihm gehören wird, verpfändet, ob die Bedingung in Erfüllung gehen soll oder nicht.

Wenn daher der Schuldner an rebus futuris zu verschiedenen Zeiten verschiedenen Personen ein Pfandrecht ertheilt, und er dann in der Folge Güter erwirbt, so haben alle an den nach der Verpfändung erworbenen Gütern gleiche Rechte, *concurrunt in pignore*, wie die angeführte Gesetzstelle sagt, weil ihre Pfandrechte gleich alt sind. Noch deutlicher spricht diesen Satz die L. 34. §. 2. D. de pign. aus. Hier heißt es:

> Creditor pignori accepit a debitore, quidquid in bonis habet, habiturusve esset, quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, *cum in bonis ejus facta sint*, obligata creditori pignoris esse *coeperint?* Respondit, coepisse.

Also namentlich auch an rebus futuris dieser besondern Art (an corporibus pecuniae) fängt das Pfandrecht erst mit dem Augenblick des Erwerbs an. — Es gibt eine Stelle, die das Gegentheil zu lehren scheint; dies ist L. 21. pr. D. qui pot. in pign. und diese Stelle ist nebst andern Schuld daran, daß die gewöhnliche Theorie mit der Praxis im Bunde die Wahrheit verkannt haben. Eine glückliche Combination wird uns, wenn von der Rangordnung der Pfandgläubiger die Rede ist, auf den richtigen Sinn dieser Stelle führen, welche den Satz, daß das Pfandrecht an rebus futuris erst mit dem Augenblick des Erwerbs anfange, durchaus unangetastet läßt [40]). Ueberhaupt werden wir bei der Rangordnung der

40) Eben so wenig, als diese Stelle, beweist L. 15. §. 1. D. de pign. das Gegentheil des aufgestellten Satzes. Westphal im

Gläubiger auf die Frage von dem Anfang des Pfandrechts an bonis futuris zurückkommen.

Was res futuras der erstern Art betrifft, so scheint aus der L. 11. §. 3. qui pot. in pign. und dem Ort, wo man sie findet, hervorzugehen, daß das an Früchten constituirte Pfandrecht von Zeit der Bestellung, und nicht erst von Zeit der Separation der Früchte an zu berechnen sey. In der angeführten L. 11. §. 3. D. qui pot. in pign. heißt es:

> Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicut est de partu: hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris? et in fructibus, si convenit, ut sint pignori; aeque quaeritur, an fundus vel jus utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.

Es scheint hiernach bloß darauf anzukommen, daß die Hauptsache dem Schuldner zur Zeit der Verpfändung gehörte, oder ihm ein Recht auf den Fruchtgenuß zustand, damit

künftige Güter zum Voraus verpfändet, und dem Verpfänder dergleichen in der Folge zufallen, es so gut sey, als wenn sie ihm gleich Anfangs gehört hätten. Es versteht sich ja, daß bei der allgemeinen Verpfändung der Gläubiger, welcher darunter begriffene res futuras verfolgt, nicht nöthig haben könne zu beweisen, daß dem Schuldner diese Güter schon zur Zeit der Verpfändung gehört haben, und mehr sagt die Stelle nicht. — Was die Praxis betrifft, so schreibt Hellfeld (a. a. O. §. 25.) Folgendes davon: Ast in concursu creditorum judices haec principia raro sequi solent, quod sine dubio fit ad evitandam difficultatem et confusionem exinde oriundam, si tempora acquisitionum eruenda et separationes bonorum instituendae forent. Der wahre Grund ist das nun wohl nicht, sondern vielmehr der Umstand, daß Judices die Sache eben auch nicht besser verstehen. Hellfeld fährt fort: Si vero extra concursum creditorum duo creditores de pignore certant in re futura constituto, separationem bonorum post contractum quaesitorum urgeri posse, et horum intuitu posteriorem cum priori creditore pari jure gaudere non dubito.

Pfandrecht §. 114, Note 136. hat darin gefunden, daß wenn Jemand

das Pfandrecht sogleich von Zeit der Bestellung seinen Anfang nehme. Bei fructibus *pendentibus*, die der Eigenthümer der fruchtbringenden Sache verpfändet, kann wenigstens der gegenwärtige Anfang des Pfandrechts keinen Zweifel leiden, da der Eigenthümer diese bereits erworben hat, und nach der Trennung das Eigenthum daran nur fortsetzt, was ihm schon vorher zustand. Aber auch bei Früchten anderer Art spricht der Umstand dafür, daß sie — Früchte, also durch die Sache selbst hervorgebracht, mithin, wenn auch unsichtbar, in ihr enthalten gewesen sind.

Indessen ist in jener Stelle nicht eigentlich die Rede von dem Anfang des Pfandrechts, sondern um zu beurtheilen, ob Jemand überhaupt befugt war, die Früchte zu verpfänden, muß man sehen, ob ihm die res frugifera zur Zeit der Verpfändung gehört hat, gleichwie man, wenn die Hauptsache verpfändet wird, darauf sehen muß, ob der Verpfänder sie zur Zeit der Verpfändung in bonis hatte; nur davon handelt es sich [41]). Unter dieser Voraussetzung gilt die Verpfändung, sie wird aber erst wirksam, wenn die Früchte gewachsen oder entstanden sind, und zwar bei dem Verpfänder. Das Pfandrecht, wie das Eigenthum an den Früchten, als die Quelle des Pfandrechts, kann, wegen Mangels am Object, erst mit den Früchten selbst entstehen. Es entsteht auch nur unter der Voraussetzung, daß diese Früchte zu der Zeit entstehen, da die Sache dem Verpfänder noch gehört. Veräussert er sie in der Zwischenzeit, die Früchte, welche bei dem neuen Erwerber entstehen, gehören dem neuen Erwerber und unterliegen dem Pfandrecht nicht [42]). — Finge das Pfandrecht an re-

41) S. auch *BACHOV* de pign. lib. 2. cap. 11. nr. 1. et 2. und Westphal im Pfandrecht §. 131. in der Note.

42) L. 1. §. 2. D. de pign. L. 29. §. 1. D. eod. Die letztere Stelle handelt vom partus ancillae; was zwar nicht Frucht (§. 37.

bus futuris sogleich mit der Bestellung an, so könnte die Veränderung des Eigenthums hierauf von keinem Einfluß seyn. Sehr merkwürdig und entscheidend ist die Aeusserung des römischen Rechtsgelehrten in L. 1. §. 2. D. de pign. Auf die Früchte, sagt er, welche der neue Erwerber gewinnt, auf diese Früchte hat der Gläubiger keine Ansprache; diese Früchte haben dem Verpfänder niemals gehört.

§. 8.

Eintheilung des Pfandrechts nach seinem Umfange.

Das Pfandrecht wird nach seinem Umfange eingetheilt in das allgemeine und besondre.

Ersteres ist dasjenige, was sich über das ganze Vermögen des Schuldners erstreckt. Letzteres dasjenige, was einzelne zu seinem Vermögen gehörige Stücke zum Gegenstande hat.

§. 9.

Allgemeines Pfandrecht.

Das allgemeine Pfandrecht begreift alles, was der Schuldner zur Zeit der Verpfändung in bonis hat, und alles, was er in der Folge erwirbt, an beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen. Also nicht nur bona

J. de rer. div.), doch etwas Aehnliches ist. Mit ihr steht L. 1. pr. D. de salv. interd. in Widerspruch. Darnach kann der Verpächter, wenn der Pächter die auf's Grundstück gebrachte Sclavinn verkauft hat, das beim Käufer geborne Kind von ihm abfordern. Beide Stellen werden dadurch vereinigt, wenn man mit den Glossographen annimmt: das beim Käufer geborne Kind unterliege dem Pfandnexus, wenn die Mutter zur Zeit der Veräusserung schon schwanger war.

praesentia, oder vielmehr acquisita, sondern auch futura, oder vielmehr acquirenda, begreift das allgemeine Pfandrecht, und wenn Jemand auch nur simpliciter sein gesammtes Vermögen verpfändet, so erstreckt die Verpfändung sich auf das künftige Vermögen ipso jure mit [1]). Das Pfandrecht an den acquirendis nimmt aber erst mit dem wirklichen Erwerb seinen Anfang. Selbst die *corpora pecuniae* sind in der allgemeinen Verpfändung begriffen, die der Verpfänder in der Folge erwirbt (nur nicht durch die gegenwärtige Anleihe, wofür das Pfandrecht bestellt wird), sobald sie anfangen, bei ihm in bonis zu seyn [2]).

Hingegen erstreckt sich das allgemeine Pfandrecht nicht 1) auf diejenigen Güter, die der Verpfänder nicht hätte specialiter verpfänden können, 2) bei einem durch Vertrag constituirten allgemeinen Pfandrecht sind ausgeschlossen diejenigen Güter, von denen es nicht wahrscheinlich ist, daß der Verpfänder sie specialiter würde verpfändet haben. Dahin gehören z. B. Kleidungsstücke, Hausgeräth und was der Schuldner sonst zum täglichen Gebrauch nöthig hat [3]). Es beruht dies auf dem vermuthlichen Willen des Verpfänders, und es können in concreto Gründe vorhanden seyn, welche

1) *L.* 9. *C. quae res pign.* Si quis in cujuscunque contractus instrumento ea verba posuérit: Fide et periculo rerum ad me pertinentium, vel: Per earum exactionem satisfieri tibi promitto: sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus: nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri: cum sit justum, voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptiones inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto: tam praesentes, quam futuras: jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.

2) L. 34. §. 2. D. de pign.

3) L. 6. 7. 8. D. de pign.

diese Vermuthung ausschließen, z. B. wenn er nur dergleichen Sachen in bonis hat. Auch leidet es keinen Zweifel, daß der Schuldner dergleichen Güter ausdrücklich mit, oder daß er sie specialiter verpfänden könne [4]). 3) Das allgemeine Pfandrecht erstreckt sich zwar auch auf die bona futura, doch nur auf diejenigen des Schuldners selbst, nicht auf die Güter seines Erben.

L. 29. pr. D. de pign.

Paulus respondit, generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum; sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede ejus ex alia causa adquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris.

Das allgemeine Pfandrecht ergreift also alle einzelne Güter des Schuldners, die nicht besonders ausgenommen sind, und zwar alle auf dieselbe Weise, nicht anders, als ob jedes besonders verpfändet wäre, und es ist im Allgemeinen kein Unterschied, ob eine Sache besonders verpfändet oder in der allgemeinen Verpfändung begriffen ist, welches deutlich daraus erhellet, daß die Gesetze dem Gläubiger, dem alle und zugleich einzelne Güter besonders verpfändet sind, ein *aequale jus in omnibus* beilegen [5]) und — was Bachov dafür anführt — daß, wenn ein Gläubiger mit einem allgemeinen, und ein Gläubiger mit einem besondern Pfandrecht zusammentreffen, unter ihnen die prioritas temporis entscheidet, so daß derjenige, dem eine Sache besonders verpfändet ist, dem Mitgläubiger nachstehen muß, dem sie nur, als in der allgemeinen Verpfändung begriffen, verpfändet ist, wenn des Letztern

4) *Hofacker* Princ. jur. civ. II. §. 1167. nota *d.*

5) L. 2. C. de pign.

allgemeines Pfandrecht das ältere ist [6]); jedoch kann eine besondre Verpfändung gewisse ihr eigenthümliche, ihr besonders beigelegte Wirkungen hervorbringen [7]). —

Das allgemeine Pfandrecht ist im Grunde nichts anders, als ein Inbegriff mehrerer besondern Pfandrechte. Durch diese Bemerkung wird ein allgemeines Pfandrecht nicht nur erklärt, sondern grade erst erklärbar. Denn das ganze Vermögen eines Menschen muß für die Bezahlung seiner Schulden schon von selbst haften. Soll ein allgemeines Pfandrecht dem Gläubiger eine besondre Sicherheit gewähren, so kann dies nichts anders heißen: als er soll die einzelnen Sachen und welche er darunter will, wie besondre Pfänder behandeln dürfen, sie mit Klagen verfolgen, zum Zweck seiner Befriedigung verkaufen u. s. w.

§. 10.

Specielles Pfandrecht.

Das specielle Pfandrecht wird entweder an einer einzelnen Sache — oder an einer universitas rerum bestellt.

Ist eine einzelne Sache verpfändet, so erstreckt sich das Pfandrecht nicht bloß auf die Sache selbst, wie sie zur Zeit der Verpfändung beschaffen, und was damals als Theil derselben anzusehen ist, sondern auch auf dasjenige, was in der Folge hinzukommt, indem es durch die Sache selbst erzeugt wird, als (natürliche) Früchte, oder von aussen hinzukommt, als Alluvion [1]). Es erstreckt sich hingegen nicht auf

6) L. 2. D. qui pot. in pign. L. 7. §. 1. D. eod. L. 6. C. eod.

7) *Bachov* de pign. lib. 1. cap. 5. nr. 3.

1) *L.* 21. *D. de pign. act.* Domo pignori data et area ejus tenebitur; est enim pars ejus. Et contra jus soli sequetur aedificium. *L.* 3. *C. In quibus causis pignus.* — Fructus pignori datorum prae-

dasjenige, was als Surrogat an die Stelle der verpfändeten Sache tritt. Daher erstreckt sich das Pfandrecht nicht auf Sachen, welche der Schuldner für das Geld, woran Jemandem ein Pfandrecht zusteht, angeschafft hat, und eben so wenig befindet sich der für eine verpfändete Sache, welche der Schuldner verkauft hat, von ihm erhobene Kaufpreis im Pfandnexus [2]).

Das an einer *universitas rerum* constituirte Pfandrecht erstreckt sich nicht nur auf diejenigen Sachen, woraus die universitas zur Zeit der Verpfändung besteht, sondern auch auf diejenigen, welche in der Folge hinzukommen, sollte sich auch im Verlauf der Zeit die ganze universitas erneuert haben. Es gehören hieher folgende beide Gesetzstellen:

1. *L.* 13. *pr. D. de pign.*

Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur, sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

2. *L.* 34. *pr. D. de pign.*

Cum tabernam creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit, ea, quae mortis tempore diorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi creduntur tacita pactione inesse. *L.* 16. *pr. D. de pign.* Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligabitur.

2) L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign.

debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur [3]).

Bachov [4]) und mit ihm Brunnemann [5]) nehmen an, aus demjenigen, was die Gesetze von Heerden und Waarenladen verordnen, sey keine allgemeine Regel abzuleiten; und zum Beweise beruft sich Bachov auf die L. 26. §. ult. D. de pign., wo es heißt:

Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit; heredes ejus, praediis inter se divisis, illis mancipiis defunctis, alia substituerunt; creditor postea praedia cum mancipiis distraxit; quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis, emtor vindicare recte possit? Modestinus respondit, si neque pignorata sunt ipsa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.

Allein diese Stelle beweist nichts gegen die gemeine Meinung. Es erhellet nicht einmal, daß die Sclaven, von denen die Rede ist, in diesem Fall unter einem Collectivnamen verpfändet waren. Es waren nur die bestimmten Individuen, die damals auf dem Grundstück sich befanden, mancipia, quae in praediis erant, verpfändet. Auch waren die verpfändeten Sclaven alle gestorben, und jeder der Erben, die das Grundstück unter sich getheilt hatten, hatte auf seinen Antheil

3) Diese letztere Stelle beantwortet eigentlich zwei Fragen: 1) wenn der Laden oder die Bude verpfändet ist, was ist verpfändet? Antwort: die Waaren, die darin sind. 2) Was ist Rechtens, wenn Waaren aus dem Laden veräussert und andre wieder angeschafft sind? Antwort: die Waaren, welche zur Zeit der Anstellung der actio hypothecaria im Laden sind, sind dem Pfandnexus unterworfen.

4) de pign. lib. II. cap. V.

5) ad l. 34. de pign. nr. 3.

neue eingesetzt. Mit welchem Recht konnten nun diese neuen Sclaven als verpfändet angesehen werden? Selbst wenn man hier die Grundsätze von der verpfändeten universitas in Anwendung bringt, und die Surrogate an die Stelle der ursprünglich verpfändeten Sachen treten, das Pfandrecht überhaupt mit der Vermehrung der universitas an Umfang gewinnen läßt, mußte sich dies, in Folge des im vorigen §. am Ende angeführten Grundsatzes, auf die eigenen Güter des Schuldners beschränken, und folglich mit seinem Tode ein Ende nehmen, konnte aber nicht auf die Güter des Erben sich erstrecken. Indessen muß man doch gestehen, daß die vorher angeführten Gesetzstellen den aufgestellten Satz auch noch nicht beweisen. Denn die L. 13. pr. D. de pign. beweist nur, daß das Pfandrecht an einer Heerde sich auf den Zuwachs der Heerde oder die Jungen mit erstreckt, wie bei verpfändeten Grundstücken die Früchte mit verpfändet sind, welche das Grundstück hervorbringt; sie beweist also nicht, was Bachov doch zu behaupten keinen Anstand nahm, daß das pignus gregis sich auf diejenigen Häupter mit erstrecke, welche an die Stelle abgegangener in die Heerde eingesetzt sind. Nur von der taberna allein ist es, daß die Gesetze namentlich verordnen: was zu dieser an neuen Waaren hinzukömmt, ist dem Pfandnexus unterworfen; da aber dagegen auch die verkauften Waaren vom Pfandnexus frei werden, so kann hieraus keine allgemeine Regel abgeleitet werden. Allein bei allem dem ist doch der aufgestellte Satz selbst für richtig anzunehmen. Denn wenn Jemand eine universitas rerum, z. B. eine Heerde, eine Büchersammlung, verpfändet, sollte es hier wohl die Meinung der Contrahenten seyn, daß sich das Pfandrecht nur grade auf die einzelnen Sachen beschränken solle, woraus die universitas in diesem Augenblick besteht, sollte

nicht vielmehr bei einer unbestimmt geschehenen Verpfändung einer universitas anzunehmen seyn, daß auch diejenigen Sachen, welche künftig zu der universitas hinzukommen, mit verpfändet seyn sollen? Eben so wie die Gesetze das Pfandrecht an den Früchten eines verpfändeten Grundstücks, und also auch an den Jungen einer verpfändeten Heerde, aus dem stillschweigend erklärten Willen der Contrahenten ableiten, läßt sich auch das Pfandrecht an Sachen, die zu einer universitas hinzukommen, aus einer stillschweigenden Verpfändung herleiten, und Leyser war auf dem rechten Wege, wenn er, um unsern Bachov zu widerlegen, sich auf die vorher angeführte L. 9. C. quae res pignori berief.

Zweiter Abschnitt.

Von der Entstehung des Pfandrechts.

§. 11.

Eintheilung des Pfandrechts nach dem Entstehungsgrunde.

In Rücksicht seines Entstehungsgrundes wird das Pfandrecht eingetheilt in *Pignus voluntarium* und *Pignus necessarium*. Das Pfandrecht entsteht nämlich entweder 1) durch den erklärten Willen desjenigen, dessen Güter dem Pfandnexus unterworfen werden, — *Pignus voluntarium*, oder 2) ohne den erklärten Willen desselben, — *Pignus necessarium*. Diese Eintheilung ist bloß doctrinell.

I.

Pignus voluntarium.

§. 12.

Wer kann ein *Pignus voluntarium* constituiren?

Derjenige kann ein pignus voluntarium constituiren, welcher Eigenthümer der zu verpfändenden Sache ist [1]), und überhaupt derjenige, welcher die zu verpfändende Sache in bo-

1) L. 18. §. fin. D. de pign.

bonis hat [2]). Dahin gehört unter andern derjenige, der nicht wahres, sondern sogenanntes prätorisches Eigenthum hat. Also auch dieser kann ein Pfandrecht constituiren; ein solches Pfandrecht ist zwar nicht gegen den wahren Eigenthümer, wohl aber gegen jeden Dritten, der mit schwächerm Recht besitzt, wirksam, eben so wie das prätorische Eigenthum es selbst ist [3]). — Ein Miteigenthümer kann zwar nicht die ganze Sache, wohl aber seinen Antheil daran verpfänden. Wird die Sache in der Folge unter den Miteigenthümern getheilt, so beschränkt sich das Pfandrecht nicht grade auf den Antheil, welcher dem Verpfänder in der Theilung zugefallen ist, sondern haftet nach wie vor auf der ganzen Sache, und zwar auf dem ideellen Antheil des Verpfänders [4]). — Auch derjenige kann ein Pfandrecht bestellen, der nur ein widerrufliches Eigenthum hat [5]). — Endlich kann Jemand ein Pfandrecht bestellen an einer Sache, die er bereits veräussert, jedoch noch nicht übergeben hat, deren Eigenthümer er also in diesem Augenblick noch ist, vorausgesetzt, daß von einer solchen Veräusserung die Rede ist, bei welcher zum Uebergange des Eigenthums Tradition hinzukommen muß [6]).

Hingegen ein Non-dominus kann kein Pfandrecht gül-

2) L. 15. §. 1. D. de pign.

3) L. 18. D. de pign.

4) L. 7. §. 4. D. quibus modis pignus. L. un. C. Si communis res pign.

5) L. 4. §. 3. D. de in diem addict.

6) *L.* 35. §. 1. *D. de donat.* Lucius Titius fundum Maeviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Sejo pignori obligavit, et intra dies triginta Maeviam in vacuam possessionem ejusdem fundi induxit. Quaero, an donatio perfecta sit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, perfectam: verum creditorem firmam pignoris obligationem habere. *L.* 20. *D. de solut.* Si rem meam, quae pignoris nomine alii esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor: quia avocari tibi res possit ab eo, qui pignori accepisset.

tig constituiren [7]), es sey denn, 1) daß der Eigenthümer seine Einwilligung ertheilt [8]). Diese Einwilligung kann, wie gewöhnlich, nicht nur ausdrücklich, sondern auch tacite ertheilt werden [9]). Auch wenn der wahre Eigenthümer gleich Anfangs nicht eingewilligt hat, jedoch in der Folge seine Genehmigung ertheilt, besteht das Pfandrecht, und es ist dann so anzusehen, als wenn er gleich Anfangs bei der Bestellung eingewilligt hätte [10]). Es ist dies allgemeinen Grundsätzen von der Genehmigung gemäß; jedoch versteht es sich, daß zum Nachtheil derjenigen, denen der wahre Eigenthümer in der Zwischenzeit ein Pfandrecht constituirte, der Genehmigung keine rückwirkende Kraft beigelegt werden könne [11]). Soll übrigens die Genehmigung überhaupt etwas wirken, so wird freilich immer vorausgesetzt: der wahre Eigenthümer muß ein solcher seyn, der das Pfandrecht selbst hätte bestellen können [12]). Ein vom Non-dominus bestelltes Pfandrecht gilt 2) auch dann, wenn der wahre Eigenthümer um die Verpfändung seiner Sache wußte, der Gläubiger aber nicht wußte, daß die Sache einem Andern gehöre, und jener ein betrügliches Stillschweigen gegen den Gläubiger beobachtete [13]).

7) L. 6. C. Si aliena res pignori.

8) L. 20. pr. D. de pign. act.

9) Beispiele einer solchen stillschweigenden Einwilligung enthalten L. 5. §. 2. D. In quibus causis pignus, und L. 26. §. 1. D. de pign.

10) L. 20. pr. D. de pign. act. L. 16. §. 1. D. de pign.

11) *Negusan* de pign. p. 3. membr. 1. nr. 36. verbis: Sed dubitatur. *Bachov* de pign. lib. II. cap. II. nr. 15.

12) Darum heißt es in der *L.* 16. §. 1. *cit.* Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. *Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.*

13) *L.* 2. *C. Si aliena res pign.* Si probaveris praesidi praedia vel hortos, de quibus agebatur, tuos esse, obligari eos creditori ab alio non potuisse, *si*

Auſſer dieſen Fällen kann Niemand rem alienam *simpliciter* verpfänden, doch iſt ihm erlaubt, 1) ſein künftiges Vermögen überhaupt zu verpfänden, alſo auch Sachen, die jetzt noch Andern gehören [14]). 2) Auch eine beſtimmte fremde Sache darf er unter der Bedingung, wenn er künftig Eigenthümer derſelben werden ſollte, im Voraus verpfänden [15]). Eine ſolche Verpfändung bringt aber vor der Hand keine rechtlichen Wirkungen hervor; es entſteht durch dieſe Handlung kein gegenwärtiges Pfandrecht. Es gilt von einer ſolchen Verpfändung vielmehr, was von einer bedingten überhaupt gilt, das Pfandrecht kommt zu Stande und wird wirkſam, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, nur kann der Anfang des Pfandrechts hier nie zurückgerechnet werden. Eben ſo wie bei rebus futuris fängt es erſt von der Zeit an, wo der Schuldner wirklich Eigenthümer wird. Beide Formen der Verpfändung ſtellen die Geſetze billig einander gleich [16]). Am allerwenigſten kann aber das Pfandrecht zum Nachtheil derjenigen zurückgerechnet werden, die in der Zwiſchenzeit vom wahren Eigenthümer ein Pfandrecht erlangt haben [17]).

3) Endlich kann auch ein Non-dominus an einer Sache ein

non sciens, hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.

14) *L.* 1. *pr. D. de pign.* Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.

15) *L.* 16. §. 7. *D. de pign.* Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit.

16) S. L. 7. D. qui pot. in pign. und was darüber oben bei den Objecten des Pfandrechts geſagt iſt.

17) Dies Letztere räumen auch ſelbſt *GMELIN* Com. de jure pignoris, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit §. 55. und Volley von öffentlichen Unterpfändern §. 52. ein.

Pfandrecht constituiren, die einem Andern zwar in diesem Augenblick noch gehört, die dieser aber dem Verpfänder vermöge eines demselben zustehenden persönlichen Rechts zu überliefern, und ihn dadurch zum Eigenthümer zu machen, verbunden ist [18]). Hier versteht sich die Bedingung, die im vorigen Fall ausdrücklich hinzugefügt werden mußte, von selbst, und es gilt davon im Uebrigen, was von dem vorigen Fall gesagt ist. Der Verpfänder ist, der Voraussetzung zufolge, in diesem Fall so wenig Eigenthümer, als im vorigen, und wenn er auch die fremde Sache verpfänden darf, so geschieht dies doch nur auf den Fall, daß er Eigenthümer seyn wird, im Voraus, und es kann das Pfandrecht erst mit dem Eigenthum zugleich anfangen. Es wird in allen diesen Fällen nur der Act der Verpfändung, nicht aber das Pfandrecht anticipirt.

Es entsteht aber die Frage, ob das an fremder Sache bestellte Pfandrecht, was gleich Anfangs nicht gilt, in der Folge gültig werden könne, und wenn dies ist, unter welchen Bedingungen?

Abgesehen von positiven Gesetzen, würden wir genöthigt seyn, diese Frage schlechterdings zu verneinen. Was einmal ungültig ist, kann in der Folge niemals gültig werden. Die Veränderung der Umstände kann machen, daß ein neues Geschäft gültig geschlossen werden kann, sie kann aber nicht machen, daß das alte Geschäft die Beschaffenheit, die es einmal hat, ablegt; die Umstände würden sonst rückwärts wirken, d. h. vor ihrem Daseyn, welches, wie jeder sieht, nicht möglich ist. Indessen kann ein Gesetz sagen: ein Geschäft, was gleich Anfangs nicht gilt, soll in der Folge, nämlich wenn das Hinderniß wegfällt, gültig werden. In diesem Fall gilt

18) L. 1. pr. cit. D. de pign. et hyp.

es zwar, aber doch erst, wenn das Hinderniß weggefallen ist, von jetzt an, und nur dann kann es so angesehen werden, als hätte es gleich Anfangs gegolten, wenn das Gesetz noch einen Schritt weiter gegangen ist und auch dies ausdrücklich gesagt hat. Selbst das römische Recht stellt es als Regel auf: quod semel vitiosum est, tractu temporis non convalescit [19]). Das heißt ohne Zweifel nicht: durch den bloßen Ablauf der Zeit wird ein ungültiges Geschäft nicht gültig. Dies kann der Sinn nicht gewesen seyn; das wäre so gut als nichts gesagt. Wie sollte ein ungültiges Geschäft durch Nichts gültig werden können, und wem hätte der Rechtsgelehrte eine solche Meinung erst benehmen dürfen? Nein, es sollte hier überhaupt die Regel gegeben werden, daß ein ungültiges Geschäft niemals gültig wird, sollte auch das Hinderniß in der Folge hinwegfallen, was der früheren Gültigkeit im Wege stand. Die Regel, die Paulus gibt, ist allgemein, und der Zeit wird nicht erwähnt, als einer solchen, durch die, sondern in der Etwas nicht geschieht. Als Regel gilt jener Satz noch jetzt und kömmt in unzählig vielen Fällen zur Anwendung [20]). Es ist nur Ausnahme von der Regel, wenn ein zu Anfange ungültiges Geschäft durch spätere Ereignisse gültig oder als gültig behandelt wird. Eine solche Ausnahme findet grade bei Verpfändungen Statt.

Nämlich 1) das an fremder Sache ungültig bestellte Pfandrecht wird gültig, wenn der Verpfänder in der Folge

19) L. 29. D. de reg. juris.

20) Z. B. §. 1. I. quibus non est permissum facere testamentum. L. 83. §. 5. D. de Verb. Obl., §. 2. I. de inutil. stip. L. 2. §. 2. D. quod jussu. L. 17. §. 4. D. de pactis. L. 20. D. qui et a quibus manumissi. — *Majansii* disput. tom. 2. disp. 43. *Jac. Voorda* Interpret. et emend. cap. 22. *Josephi Averanii* Interpr. lib. 4. cap. 22.

Eigenthümer wird, sey es titulo universali oder singulari. Zwar nach strengem Rechte gilt es auch in diesem Fall nicht; es findet keine actio hypothecaria *directa* Statt; es wird nur geschützt, als ob es gültig wäre. Das Gesetz gewährt dem Gläubiger eine actio hypothecaria utilis [21]). So erkennt das Gesetz auch in dieser Ausnahme die Regel als gültig an und bemüht sich, gleichsam aus Schonung gegen die Regel, die Ausnahme, die es zu machen sich genöthigt sieht, hinter Worten zu verbergen.

Damit aber das Pfandrecht auf diese Art gültig werden könne, wird vorausgesetzt, daß der Gläubiger zur Zeit der Verpfändung nicht davon unterrichtet gewesen, daß die Sache eine fremde sey. Darin sind aber nicht alle einverstanden. Voet [22]) und Westenberg [23]) halten dafür, das Pfandrecht werde gültig, gleichviel, der Gläubiger mag Kenntniß davon gehabt haben, daß die Sache dem Verpfänder nicht gehöre, oder es mag ihm diese Kenntniß gefehlt haben. Für diese von dem, was die Rechtsgelehrten gewöhnlich annehmen [24]), abweichende Meinung läßt sich Einiges sagen. Die L. 1. pr. D. de pign., worauf sich die gemeine Meinung gründet, drückt sich nicht ganz bestimmt darüber aus; es wird dem Gläubiger, wie es scheint, ein Pfandrecht nicht gradezu abgesprochen. „*Difficilius* creditori, qui non ignoravit alie-

21) L. 41. D. de pign. act. *L.* 5. *C. Si aliena res pign.* Cum res, quae necdum in bonis creditoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur.

22) ad D. lib. XX. tit. III. §. 4.

23) Princ. jur. sec. Ord. Dig. lib. XX. §. 8. nro. 4.

24) *Anton Faber* Conjecturae lib. XX. tit. XVII. *Donell* de pign. cap. 7. Westphal im Pfandrecht §. 114. *Gmelin* cit. Com. §. 51. *Hofacker* Princ. jur. civ. II. §. 1172. Bolley a. a. O. §. 53.

num, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio," heißt es daselbst. Allein das *difficilius* ist nur ein andrer und, wenn man will, mehr bescheidner Ausdruck für *non* oder *nullo modo*, und indem Papinian sagt, dem Gläubiger stehe schwerlich actio utilis zu, will er sagen, sie stehe ihm gar nicht zu, in welchem Sinn heutige Rechtsgelehrte, gleich dem römischen, das Wort allenfalls auch gebrauchen würden, während es für den Gesetzgeber ein unschicklicher Ausdruck seyn würde. Daß dem Gläubiger, welcher zur Zeit der Verpfändung wußte, daß ihm eine fremde Sache verpfändet werde, das Pfandrecht nicht convalescire, erhellet ohnehin nicht blos aus dieser Stelle, sondern auch aus demjenigen, was Paulus in der L. 41. D. de pign. act. lehrt.

> Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti. Datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum etc. — Sed si convenisset de pignore (diese Schlußworte der Stelle hängen mit dem Anfang zusammen [25]) *ut ex mendacio suo arguatur,* improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.

Auch ist der Geist des Ganzen dieser Materie der gewöhnlichen Meinung günstig. — Aber die angeführte L. 5. C. Si aliena res pign. läßt das Pfandrecht gültig werden, ohne zu unterscheiden, ob der Gläubiger in Unwissenheit gewesen, oder die Sache als eine fremde gekannt hat! — Die Lex Codicis spricht den Satz aus, die Leges π. geben den beschränkenden Zusatz [26]).

25) Westphal im Pfandrecht §. 115. Note 137.

26) *L. 26. D. de leg. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. L. 28. D. eod. Sed et posteriores leges ad*

Auf allen Fall steht das Pfandrecht denen nach, welchen in der Zwischenzeit vom wahren Eigenthümer ein Pfandrecht gültig constituirt worden; darin sind auch alle einverstanden [27]).

Was ist Rechtens, wenn ein Non-dominus Mehrern ein Pfandrecht in re aliena ertheilt, und in der Folge das Eigenthum der Sache erwirbt? — Die Antwort auf diese

priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur.

27) *GMELIN* cit. Com. §. 53. *HOFACKER* c. l. §. 1172. Bolley a. a. O. §. 54. — Ob aber nicht in diesem Fall das Pfandrecht, wenn es convalescirt, von Zeit der Bestellung an zu berechnen sey? — Die Rechtsgelehrten, welche überhaupt die Meinung hegen, daß das Pfandrecht von Zeit der Bestellung anfange, wenn eine fremde Sache unter den rebus futuris, oder unter der Bedingung: si in dominium meum pervenerit, oder als res aliena debita verpfändet ist, nehmen auch an, daß, wenn eine fremde Sache simpliciter verpfändet ward, und das Anfangs ungültig bestellte Pfandrecht convalescirt, weil der ehemalige Nichteigenthümer zum Eigenthümer geworden, auf den Zeitpunct der Bestellung zu sehen, und darnach der Vorzug unter Mehreren, denen derselbe Non-dominus ein Pfandrecht zu verschiedenen Zeiten ertheilte, zu bestimmen sey. Sie berufen sich zum Beweise des letzten Satzes auf L. 14. D. qui pot. in pign. S. Bolley a. a. O. §. 54. Die Stelle lautet also: Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoravit, prior potior est; quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. — Wie diese Stelle eigentlich zu verstehen sey, davon unten, wenn von dem bei der actio hypothecaria zu führenden Beweise die Rede seyn wird. Für jetzt nur so viel. Die Stelle ist gar nicht von einem den mehreren Gläubigern zustehenden wahren Pfandrecht zu verstehen. Dies konnte der Non-dominus immer nicht ertheilen. Sie handelt auch nicht von einem Fall, wo das vom Non-dominus zu Anfange ungültig bestellte Pfandrecht in der Folge gültig geworden, weil der Verpfändung das Eigenthum nachgefolgt ist. Dies denkt man sich blos hinzu. Die Stelle selbst enthält nichts davon. Sie läßt sich überhaupt auf die Frage, wovon die Rede ist, nicht, oder wenigstens doch nicht gradezu anwenden. Indessen wird jede weitere Untersuchung durch dasjenige, was sogleich im Text folgt, unnöthig gemacht.

Frage gibt Africanus in der L. 9. §. 3. D. Qui pot. in pign. Hier heißt es:

> Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. *Tunc enim*, priore dimisso, sequentis *confirmatur* pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emtoris loco est; atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse.

Des Africanus Meinung ist sehr klar. Verpfändet Jemand eine fremde Sache zu verschiedenen Zeiten an verschiedene Personen, und erwirbt darauf in der Folge das Eigenthum derselben, so wird vor der Hand nur das Pfandrecht desjenigen gültig, dem die Sache zuerst verpfändet ward. Erst, wenn dieser befriedigt oder überhaupt sein Pfandrecht erloschen ist, wird das Pfandrecht des zweiten Gläubigers wirklich. Dies setzt aber voraus, daß der Schuldner zu der Zeit, da das Pfandrecht des zweiten Gläubigers wirklich werden soll, das Eigenthum des verpfändeten Objects hat, weil überhaupt erforderlich ist, wenn das Pfandrecht convalescirt, daß der Verpfänder Eigenthümer der Sache seyn müsse. Eine Folge davon ist, daß, wenn der Schuldner in der Zwischenzeit die verpfändete Sache veräussert hat, das Pfandrecht

des zweiten Gläubigers gar nicht convaleſciren oder gar nicht dazu kommen kann, zu convaleſciren [28]).

Die Stelle iſt aber von ſolcher Wichtigkeit und ſie wird uns auf ſolche überraſchende und von den gewöhnlichen Anſichten abweichende Reſultate führen, daß es die Mühe belohnen wird, wenn wir länger bei ihr verweilen.

Zuvörderſt ſieht man wohl, daß *convalescere* hier gleichbedeutend iſt mit *confirmare*; wird doch von Africanus ſelbſt das eine mit dem andern vertauſcht [29]). Africanus

28) Bachov (de pignor. lib. IV. c. XV. n. 1.) hat die Stelle von einem Hinaufrücken an den Platz des vorhergehenden Pfandgläubigers, welches in dem angenommenen Fall nicht Statt finde, verſtanden, und Haubold (diss. de jure offerendi cap. III. §. 1.) bezieht ſie auf das jus offerendi und benutzt ſie für den von ihm aufgeſtellten Satz, der Gläubiger, welcher vom jure offerendi Gebrauch macht, müſſe beweiſen, nicht blos, daß der Schuldner die Sache zur Zeit der Verpfändung, ſondern auch, daß er ſie zur Zeit der geſchehenen Oblation in bonis gehabt habe. Allein die Stelle bezieht ſich gar nicht auf das jus offerendi, ſondern handelt vom Gültigwerden eines in re aliena Mehrern conſtituirten Pfandrechts nach einander. Die in der Stelle vorkommenden Worte: Tunc enim u. ſ. w. ſind aus dem Zuſammenhange der ganzen Stelle zu erklären, nicht aber einzeln für ſich herauszuheben, um einen Satz zu beweiſen, der ſonſt gar nichts für ſich hat. Aus dem Zuſammenhange ergibt ſich, daß der vorſtehende Gläubiger nicht durch den nachſtehenden, ſondern vom Schuldner abgefunden war, und dennoch ward das dem zweiten conſtituirte Pfandrecht nicht gültig. Den Grund davon enthalten die Worte: Tunc enim u. ſ. w. und das *confirmare* iſt hier gleichbedeutend mit dem vorhergehenden und nachfolgenden *convalescere*.

29) So haben ihn auch die Baſiliken verſtanden, wo die Stelle (Lib. 25. Tit. 5. VII. §. 2.) ſo lautet: *Ἀλλότριον ἀγρὸν ὑπέθετό μοι γυνὴ, καὶ μετ' ἐμέ σοι. καὶ κυριεύσασα αὐτοῦ, δέδωκεν αὐτὸν διατετιμημένον ἐν προικί. εἰ καὶ καταβληθῇ μοι τὸ χρέος, οὐ βεβαιοῦται ἡ ὑποθήκη σου; τότε γὰρ τοῦ πρώτου δανειστοῦ πληρουμένου βεβαιοῦται τῷ δευτέρῳ τὸ ἐνέχυρον, ὅτε εὑρεθῇ ἐν οὐσίᾳ τοῦ χρεώστου· ἐνταῦθα δὲ ἀγοραστής ἐστιν ὁ ἀνὴρ, καὶ οὔτε ἐν τῷ ὑποτίθεσθαί σοι, οὔτε μὴν ἐν τῷ καταβάλλεσθαί μοι, ἦν τὸ πρᾶγμα ἐν οὐσίᾳ τῆς γυναικός. Ταῦτα λέγομεν, εἰ ἀγνοῶν ὁ ἀνὴρ ὑποκεῖσθαί σοι ἐδέξατο τὸ πρᾶγμα.* — Mulier quaedam praedium alie-

macht zwischen beiden keinen Unterschied. Ihm ist es *convalescere*, wenn das Anfangs ungültige Pfandrecht in der Folge gültig wird, weil der Verpfänder in der Folge Eigenthümer ward; ihm ist es *convalescere*, wenn das Pfandrecht eines späteren Gläubigers zur Wirksamkeit gelangt, weil ein früherer wegfällt, und Beides ist ihm auch *confirmare*. Woraus zu schließen ist, daß jener, der zwischen den Worten nicht unterscheidet, auch zwischen den Sachen keinen Unterschied macht.

Cujacius [30]) schüttet reichlichen Tadel aus über Africanus, und auch Westphal stimmt in diesen Ton und will ihn gar nicht einmal mit seiner Entschuldigung anhören [31]). Africanus habe bei Aufzählung der verschiedenen Zeiten ein grobes Versehen begangen; er habe nur Anfang und Ende in Rechnung gebracht, hingegen auf die Zwischenzeit keine Rücksicht genommen; diese Zwischenzeit sey aber hier grade die Hauptsache. Allein, dieser Tadel, welcher auf den ersten Anblick gegründet zu seyn scheint, wird bei näherer Untersuchung als ungegründet erkannt. Um dem Africanus nicht unrecht zu thun, muß man sich auf den Standpunct versetzen, aus welchem er die Sache ansieht. Bringt man die gewöhnliche und den neueren geläufige Idee mit, wenn der Verpfänder mehreren dieselbe Sache zu ver-

num pignori mihi obligaverat. postea tibi. deinde domina ejus facta marito suo in dotem aestimatum dedit. licet mihi debitum solutum sit, non confirmatur pignus tuum. tunc enim priore creditore dimisso secundi confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur. heic autem maritus emptor est. et neque cum tibi praedium obligaretur, neque cum mihi solveretur, res erat in bonis debitoris. Haec autem dicimus, si maritus, ignorans praedium tibi obligatum esse, in dotem illud acceperit.

30) Ad Africanum (Oper. tom. 1. p. 1491.)

31) Westphal im Pfandrecht §. 170. Note 188. S. 251.

schiedenen Zeiten verpfändet, daß dann die mehreren Pfandrechte gleich Anfangs neben einander gelten und, im Fall der Verpfänder ein Nichteigenthümer war, in der Folge zu gleicher Zeit gültig werden, und das eine blos den Vorzug habe vor dem andern; da freilich hat er den Tadel verdient, womit die Ausleger ihn überschütten. Aber, wenn nun jenes nicht der Fall gewesen, Africanus selbst jene Idee, die er nicht äussert, sondern die Ausleger ihm beilegen, gar nicht gehegt hätte? In der That dürfen wir nur ein entgegengesetztes Verfahren beobachten, wie die Ausleger; wir dürfen uns blos enthalten, ihm jene Idee beizulegen — und wir haben in der That gar kein Recht, sie ihm beizulegen — und er wird auf der Stelle gerechtfertigt erscheinen. Sehen wir vielmehr die Sache von dieser Seite an: Gleichwie das Eigenthum, was am Object einem Dritten zusteht, verhindert, daß ein an fremder Sache bestelltes Pfandrecht gültig seyn kann, also verhindert dies auch ein dem Dritten am Object bereits zustehendes Pfandrecht. In dem einen Fall hindert die Gültigkeit des Pfandrechts der Umstand, daß die Sache *res aliena*, in dem zweiten, daß sie *alteri obligata* ist. *Res aliena* und *res alteri obligata*, beide halten hier gleichen Schritt. Soll das Pfandrecht gültig werden, so muß das Hinderniß in der Folge hinwegfallen; die Sache muß aufhören, in dem einen Fall *res aliena*, in dem andern *alteri obligata* zu seyn.

Nimmt man diese Erklärung als richtig an, so geht alles ganz leicht und natürlich auseinander; dann konnte nur Anfang und Ende der Zeit, die Zwischenzeit aber nicht in Betrachtung kommen. Nämlich, zu der ersten Zeit, als dem späteren Pfandgläubiger, Mevius, die Sache verpfändet

ward, galt das Pfandrecht nicht, weil die Sache *res aliena* war, und als der vorgehende befriedigt ward — dem zweiten Zeitpunct —, konnte es nicht gültig werden, weil es, obgleich in der Zwischenzeit in das Eigenthum des Verpfänders übergegangen, doch jetzt wiederum *res aliena* war. Endlich, in der Zwischenzeit war es nicht gültig geworden, weil es in der Zwischenzeit *res alteri obligata* war. Daher konnte Africanus mit Recht sagen:

Nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit.

Wir sehen aus dieser Stelle: a) daß mehrere an fremder Sache bestellte Pfandrechte nicht zu gleicher Zeit gültig werden, sondern nur nach einander; b) daß ein späteres Pfandrecht erst gültig wird, wenn der ältere Gläubiger abgefunden ist — überhaupt, wenn das ältere Pfandrecht aufgehört hat; c) daß, wenn das spätere Pfandrecht gültig werden soll, grade wie beim ersten Entstehen eines Pfandrechts, vorausgesetzt wird, daß die Sache zu der Zeit, da der ältere Gläubiger befriedigt wird, oder überhaupt das ältere Pfandrecht aufhört, sich in bonis des Schuldners befinden müsse; und aus diesem Umstande können wir wiederum zurückschließen und es bestätigt sich durch diesen Umstand, daß dieses spätere Pfandrecht sodann erst entsteht. Endlich d) können wir daraus mit aller Sicherheit schließen, daß überhaupt, wenn Jemand, auch *in re sua*, zu verschiedenen Zeiten mehrere Pfandrechte bestellt, sie, wenn man es genau nehmen will, nie von gleicher Gültigkeit sind. Für den späteren Pfandgläubiger ist, wie bei bedingter Verpfändung, vor der Hand nur die Hoffnung zu einem künftigen Pfandrecht, nur eine *spes pignoris*, begründet, und es muß dasselbe, um zur Vollkom-

menheit zu gelangen, erst durch spätere Ereignisse gestärkt und bestätigt werden. Es dient zur Bestätigung der Ansicht des Africanus — was hier vorläufig zu bemerken ist —, daß ein späterer Pfandgläubiger, so lange der frühere nicht abgefunden oder sein Pfandrecht erloschen ist, des juris distrahendi, also grade desjenigen Rechts, wodurch das Pfandrecht sich hauptsächlich äussert, und was zum Wesen desselben gehört, gänzlich ermangelt [32]).

Ob

2) das Pfandrecht gültig werde, wenn der wahre Eigenthümer Erbe des Schuldners wird, der als Non-dominus das Pfandrecht ungültig constituirt hat, darüber widersprechen sich die Gesetze.

Modestinus bejaht die aufgeworfene Frage in der *L.* 22. *D. de pign. et hyp.*

Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex post pignus

32) Aus diesen Gründen erscheint Africanus gerechtfertigt, und der Tadel seiner Ausleger fällt auf sie selbst zurück. Auch nimmt Cujacius den seinigen, der auf Irrthum beruhte, sogleich wieder zurück, ja er tadelt nicht einmal wirklich, sondern läßt den zum Verletzen bereits erhobenen Arm sogleich wieder sinken; doch diese Schonung verdankt Africanus nur einem neuen Irrthum, nämlich einer falschen Deutung des Worts *Convalescere.* Dieses soll bedeuten: Convalescere dicitur hoc loco, non, quod initio non tenuerit, sed quod jam non possit sibi avelli privilegio temporis a priori creditore, qui dimissus est. Wie sehr auch ein großer Meister mitunter straucheln kann! Wie sollte ein bereits abgefundener Gläubiger dazu kommen, das Pfand mit der actio hypothecaria zu verfolgen. Bei allem dem ist Cujacius mit seiner falschen Deutung der Wahrheit nahe gekommen. Ich habe übrigens auch schon in der ersten Auflage die Stelle des Africanus richtig erklärt. Doch den eigentlichen Schlüssel zu dieser Stelle hatte ich damals noch nicht, und erst jetzt hat *H. A SUERIN* repetit. lect. juris cap. 21. (*OTTO* thes. tom. 4. p. 49.) mich auf die rechte Spur gebracht.

directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.

Hingegen Paulus verneint sie in der *L.* 41. *D. de pign. act.*

Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus ejus rei esse coepisti, datur utilis actio pignoratitia creditori. *Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori,* neque utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.

Die Ausleger sind bemüht gewesen, den Widerspruch zu heben, und es gibt darüber sehr verschiedene Meinungen [33]). Keine derselben ist befriedigend und selbst diejenige nicht, welche annimmt, Modestinus rede von der actio pignoratitia contraria und nur Paulus von einer actio hypothecaria utilis, und beide Stellen ständen in den Pandecten am unrechten Ort, die angeführte L. 22. gehöre nicht unter den Titel de pign., sondern de pign. act. und umgekehrt die angeführte L. 41. nicht in den Titel de pign. act., sondern de pign. [34]). Zwar, was die Stelle aus den Schriften des Paulus betrifft, so ist sie allerdings von der actio *hypothecaria* utilis zu verstehen, aber Modestinus nicht

33) Bolley am a. O. §. 56. zählt sie alle auf.

34) Zu den Rechtsgelehrten, die sich zu dieser Meinung bekennen, gehören z. B. *Donell.* de pign. cap. 7. *Gmelin.* Com. cit. §. 57. Westphal im Pfandrecht §. 115. Note 137. Bolley a. a. O.

von einer *pignoratitia contraria*, sondern beide reden von einer actio hypothecaria utilis, die an beiden Stellen actio pignoratitia utilis genannt wird, so daß wenigstens die Stelle des Modestinus am rechten Orte steht. Nimmt man an, Modestinus rede von der actio pignoratitia contraria, so gibt die Stelle gar keinen vernünftigen Sinn. Denn wenn Modestinus sagt, das Pfandrecht wird nicht directo gültig, wenn der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird, wird es denn per indirectum gültig dadurch, daß dem Gläubiger die actio *pignoratitia* contraria eingeräumt wird? Aber, wenn man unter actio pignoratitia utilis die actio *hypothecaria* utilis versteht, also dasselbe, was Paulus bei dieserselben Frage durch actio *pignoratitia* utilis bezeichnet, so behauptete Modestinus für diesen Fall grade das, was Rechtens ist, wenn der Non-dominus, der als solcher das Pfandrecht ungültig constituirte, in der Folge das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt. Auch hier wird das Anfangs ungültig bestellte Pfandrecht nicht directo gültig, sondern die Gesetze räumen dem Gläubiger eine actio hypothecaria utilis ein, die auch hier actio pignoratitia utilis oder simpliciter actio utilis genannt wird [35]). Modestinus sagt also, dem Gläubiger, dessen Pfandrecht nicht grade directo gültig werde, stehe doch, was freilich auf Eins hinausläuft, eine actio hypothecaria utilis zu. Grade das Gegentheil aber lehrt Paulus, und was er lehrt, ist vernünftig. Es ist durchaus kein Grund zu erreichen, weshalb ein Pfandrecht, was der Erblasser ungültig constituirte, durch Antretung der Erbschaft gültig werden sollte. Der Erbe succedirt in die persönlichen Verbindlichkeiten des Verstorbenen; doch davon ist hier nicht die

35) L. 5. C. cit. Si aliena res pign. L. 1. pr. cit. D. de pign.

die Rede, sondern vielmehr von der Sache des Erben, welche verhaftet seyn soll. Die Meinung des Paulus ist daher vorzuziehen, oder vielmehr, da beide Gesetzstellen, als einander grade entgegengesetzt, einander aufheben, so ist Rechtens, was Rechtens seyn würde, wenn man sich beide hinwegdenkt; das Pfandrecht convalescirt in dem angenommenen Fall also nicht. In diesem Resultat stimmen auch wohl die meisten überein.

Wir haben gesehen, das von einem Non-dominus oder in re aliena constituirte Pfandrecht ist der Regel nach ungültig. Wird aber eine fremde Sache durch den contractus pignoratitius zum Pfande hingegeben, so entsteht zwar auch in diesem Fall kein dingliches Recht, weil Niemand auf einen Andern ein Recht übertragen kann, was er selbst nicht hat, auch ist die Verpfändung einer fremden Sache dem wahren Eigenthümer durchaus nicht nachtheilig, er kann sie daher vindiciren [36]); allein die Verpfändung einer fremden Sache gilt doch unter den Contrahenten, wie es überhaupt Regel des römischen Rechts ist: Contractus super re aliena valet inter contrahentes, und es entstehen daraus persönliche Rechte und ihnen correspondirende Verbindlichkeiten, gleichwie aus der Verpfändung eigner Sachen. Derjenige, welcher rem alienam zum Pfande hingab, kann sie daher, sobald die Schuld getilgt ist, von dem Empfänger wieder abfordern mit der actio pignoratitia directa [37]). Diese Klage steht selbst dem Praedo zu [38]). Auf der andern Seite kann auch der Gläubiger, der rem alienam zum Pfande empfing, mit der actio pignoratitia contraria klagen, dieser jedoch nur, wenn er zur Zeit der Verpfändung nicht wußte, daß es eine fremde, dem

36) L. 6. C. Si aliena res pign.

37) L. 9. §. 4. D. de pign. act.

38) L. 22. §. 2. D. eod.

Verpfänder nicht gehörige Sache sey, die ihm verpfändet werde [39]). Die Verpfändung einer res aliena ist auch selbst auf die actio hypothecaria nicht ohne allen Einfluß, wie sich weiter unten, wenn von der actio hypothecaria selbst gehandelt wird, ergeben wird.

§. 13.

Von den Sachen, welche Gegenstände des pignoris voluntarii seyn können.

Object des freiwilligen Pfandrechts kann der Regel nach alles seyn, woran man überhaupt ein Pfandrecht haben kann und was nicht besonders ausgenommen ist. Ausgenommen aber sind folgende Sachen, die man nicht veräussern und auch nicht verpfänden darf:

1) Dotalgrundstücke darf der Mann nicht veräussern und auch nicht verpfänden [1]). Es geht dies nicht auf solche Grundstücke, die der Mann, simpliciter und also venditionis gratia geschätzt, zum Brautschatz empfangen hat, wohl aber auf solche, die, unter dem Versprechen künftiger Restitution oder taxationis gratia geschätzt, in dotem gegeben sind. Sind Sachen simpliciter oder venditionis gratia geschätzt zum Brautschatz gegeben, so sind es nicht die körperlichen Sachen selbst, welche den Brautschatz ausmachen, sondern die Quantität des durch die Taxe ausgemittelten Preises, welche der Mann schuldig geworden [2]). Die Sachen selbst sind dem Mann verkauft, und er hat durch Kauf und Uebergabe ein unwiderrufliches Eigenthum daran erlangt [3]). Der Mann kann da-

39) L. 16. §. 1. D. eod.

1) L. un. §. 15. C. de rei ux. act.

2) L. 5. C. de jure dotium. L. 10. C. eod.

3) L. 69. §. 8 D. eod.

her dergleichen Sachen nach Belieben veräussern und auch verpfänden [4]).

2) Gehören zu solchen Sachen, die nicht veräussert und daher auch nicht verpfändet werden können, diejenigen, über deren Eigenthum ein Proceß anhängig ist. Es geht dies jedoch nur auf bewegliche Sachen [5]). Die Verpfändung unbeweglicher Sachen ist dem siegenden Kläger nicht nachtheilig, weil der Ausgang des Processes gezeigt hat, daß sie dem Verpfänder nicht gehörten, und dieser als Non-dominus kein Pfandrecht daran constituiren konnte. Hingegen die Verpfändung beweglicher Sachen, welche gewöhnlich zum Pfande übergeben werden, kann ihm nachtheilig werden [6]).

3) *Spes praemiorum, quae pro coronis athletis pensitanda sunt* [7]), d. h. bei den Römern durfte Niemand den Preis des Siegs, den er etwa in den öffentlichen Kampfspielen davon tragen mögte, im Voraus verpfänden. Der Grund dieses Verbots beruhte darauf, zu verhüten, daß auf solche Art die Begierde, den Preis zu erlangen und sich des Preises würdig zu machen, geschwächt werde [8]). Daß von dieser Verordnung gegenwärtig kein Gebrauch weiter zu machen sey, darf nicht erst bemerkt werden. —

4) Sachen der Pupillen und Minderjährigen dürfen vo-

4) *L.* 6. *C. de usufructu.* Interest, usumfructum solum maritus tuus in dotem acceperit an proprietas quidem doti data sit, verum pactum intercessit, ut moriente eo tibi eadem possessio redderetur: nam usufructuarius quidem proprietatem pignorare non potuit: *qui autem proprietatem aestimatam in dotem accepit, non ideo minus obligare eam potuit: quoniam soluto matrimonio restituenda tibi aestimatio ejus fuit.*

5) L. 1. §. 2. D. quae res pign.

6) *Bachov* de pign. lib. II. cap. XIII. nro. 3. Westphal im Pfandrecht §. 114. Note 170.

7) L. 5. C. quae res pign.

8) Westphal a. a. O. §. 128.

luntario nicht anders veräussert und verpfändet werden, als wenn die gesetzlich dabei vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet werden. Die gesetzlichen und richterlichen Hypotheken haften daran, so gut als an den Gütern der Mündigen [9]).

Was sonst noch an Sachen, die nicht verpfändet werden dürfen, aufgeführt wird, scheint nicht hieher zu gehören. Daß der Soldat seine Waffen nicht verpfänden und überhaupt nicht veräussern darf [10]), folgt schon daraus, daß sie ihm nicht gehören, und daß der Landmann die Ackerbaugeräthschaften nicht voluntario sollte verpfänden können, ist in den Gesetzen nirgends verordnet; sie sollen ihm bei der Execution nur nicht abgepfändet werden [11]). Es bedarf daher keiner Berufung auf das Zeugniß der Practiker, daß das Verbot der Verpfändung der Ackergeräthschaften bei uns auffer Gebrauch gekommen sey [12]).

§. 14.

Arten des freiwilligen Pfandrechts.

Das pignus voluntarium kann, wie das Pfandrecht überhaupt, seinem Umfange nach, entweder ein allgemeines oder besonderes seyn, und bei dem erstern die Frage entstehen, ob, wenn der Constituent sich des Ausdrucks bedient, er verpfände sein gesammtes Vermögen, und nun hinzusetzt: bewegliches und unbewegliches, — das Pfandrecht hierauf zu beschränken oder auf unkörperliche Sachen, und

9) L. 2. D. de rebus eorum, qui sub tutela. L. 3. §. 1. D. eod. *Erxleben* princ. de jure pign. §. 127. Westphal a. a. O. §. 126.

10) L. 14. §. 1. D. de re mil.

11) L. 7. et 8. et Auth. Agricultores C. quae res pign.

12) Den Non-usus bezeugen *Lauterbach* ad tit. π. quae res pign. §. 5. 6. *Stryck* usus modern. ibid. §. 5. *Hofacker* Princ. II. §. 1173.

namentlich ausstehende Forderungen mit zu erstrecken sey. Strenge genommen, würde der zuerst ausgesprochene allgemeine Satz durch den folgenden Zusatz beschränkt seyn: nam species adjecta coarctat genus ad speciem expressam [1]), allein da ein solcher Zusatz nur auf Unwissenheit des Schreibers beruht, und ex abundanti hinzugefügt wird, nicht in der Absicht zu beschränken, sondern, wenn man blos auf den guten Willen sieht, noch wohl gar zu erweitern, so darf man, unter Berufung auf L. 9. pr. D. de supellectile legata, ein so constituirtes Pfandrecht für ein allgemeines, unkörperliche Sachen mit ergreifendes gelten lassen. Anders ist es, wenn bloß „bewegliche und unbewegliche Güter" verpfändet werden, ohne daß „das gesammte Vermögen" voran gegangen ist; darin kommen alle überein.

Das pignus voluntarium wird entweder 1) durch Vertrag oder 2) durch letzten Willen bestellt, und zerfällt hiernach in das pignus *conventionale* und *testamentarium*.

§. 15.

I. Pignus conventionale.

a. Wer constituirt es?

Hier ist es nicht genug, daß Jemand die zu verpfändende Sache in bonis hat, er muß auch die freie Verwaltung seines Vermögens haben. Pupillen und Minderjährige können daher nur unter Auctorität ihres Vormundes, und beziehungsweise mit Einwilligung ihres Curators ein Conventionalpfandrecht gültig constituiren, und was namentlich unbewegliche Güter und solche, die diesen gleich zu achten sind, betrifft, so müssen alle diejenigen Erfordernisse beobachtet wer-

1) *Hofacker* Princ. I. §. 226. not. *f*.

den, welche bei der Veräusserung solcher Güter nach den Gesetzen überhaupt zu beobachten sind [1]).

Im Uebrigen kann nicht nur der Eigenthümer selbst, sondern auch ein andrer für ihn ein Pfandrecht constituiren, wenn er dazu vom Eigenthümer den besondern Auftrag erhalten hat, oder der Eigenthümer ihm die Verwaltung seines gesammten Vermögens übertragen hatte und dabei gewohnt war, bei Anleihen Pfänder zu constituiren [2]), oder wenn er den Eigenthümer gesetzlich repräsentirt, wie der Tutor und Curator [3]), vorausgesetzt, daß bei der Verpfändung unbeweglicher Güter und derjenigen, welche diesen gleich zu achten sind, die gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet werden. —

Hat Jemand, der vermöge seines Auftrags nicht dazu auctorisirt war, ein Pfandrecht constituirt, das dargeliehene Geld ist indessen zum Nutzen des Eigenthümers verwandt worden, so steht dem Gläubiger zwar immer kein Pfandrecht, wohl aber ihm, dem Besitzenden, ein Retentionsrecht zu, bis er sein Geld wieder erhalten hat [4]). Dasselbe muß freilich auch in dem Fall gelten, wenn, caeteris paribus, der Constituent gar keinen Auftrag gehabt hat, da zwischen beiden Fällen kein wesentlicher Unterschied Statt findet, indem es einerlei ist, ob Jemand gar keinen Auftrag hatte, oder ob der Auftrag nicht darauf gerichtet war, ein Pfandrecht zu constituiren. — Was Rechtens ist, wenn der Eigenthümer die Verpfändung ratihabirt, erhellet aus dem Obigen.

1) L. 1. pr. D. quae res pign. *pign.* Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit: Si pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio, duntaxat, quod numeratum est, exsolvi desideranti.

L. 1. D. de rebus eorum, qui sub tutela.

2) L. 11. §. fin. L. 12. D. de pign. act.

3) L. 16. pr. D. de pign. act.

4) *L. 1. C. Si aliena res*

b. Wie wird es constituirt?

Im Allgemeinen durch den erklärten Willen des Schuldners und Gläubigers, daß die Sache des einen dem andern zum Pfande dienen solle, wobei entweder die Uebergabe der verpfändeten Sache hinzukömmt, contractus pignoris, — was aber zur Hervorbringung des dinglichen Rechts ein gleichgültiger Umstand ist, nicht ad Esse, sondern nur ad bene Esse gehört, — oder nicht, pactum hypothecae [5]). Der consensus, welcher hiernach zur Constitution des Pfandrechts erforderlich ist, muß auf ein gegenwärtig zu bestellendes Pfandrecht gerichtet seyn; es entsteht daher kein Pfandrecht, wenn der Schuldner sich blos verbindlich macht, künftig ein solches zu constituiren [6]). Der schriftlichen Form bedarf es zur Constitution des Pfandrechts nicht, es kann auch mündlich constituirt werden; es kann nicht nur unter Gegenwärtigen, sondern auch unter Abwesenden, z. B. durch Briefwechsel, bestellt werden [7]).

Da nun hiernach der consensus zur Hervorbringung des Pfandrechts erforderlich und hinlänglich ist, so folgt daraus, daß, wenn aus Irrthum eine Sache statt der andern übergeben worden, die Sache, welche übergeben ward, dem Pfandnexus nicht, daß aber diejenige Sache, welche Sicherheit gewähren sollte, und nicht übergeben ist, dem Pfandnexus bereits unterworfen sey. Dies scheint der Sinn der L. 1. §. 1. D. de pign. act. zu seyn. Hier heißt es:

Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pi-

5) *L. 1. D. de pign. act.* Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

6) *HARPRECHT* resp. 92. nr. 202 seq.

7) L. 4. D. de pign L. 23. §. 1. D. eod. L. 34. §. 1. D. eod. L. 12. C. eod.

gnori daturus et aes dederit, obligaverit *aurum* pignori, et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

§. 16.

Ausdrückliches und stillschweigendes Conventional-Pfandrecht.

Zur Bestellung des Conventionalpfandrechts ist nicht erforderlich, daß bestimmte Worte gebraucht werden, oder solche, die gradezu auf ein zu ertheilendes Pfandrecht gerichtet sind, z. B. ich ertheile meinem Gläubiger ein Pfandrecht oder eine Hypothek, oder ich verpfände ihm mein Vermögen, oder diese oder jene Sache [1]). Das Pfandrecht kann auch durch andre Worte bestellt werden, wenn dadurch nur zu erkennen gegeben wird, daß die Sache des Schuldners dem Gläubiger Sicherheit gewähren, und daß sie für die Erfüllung der Verbindlichkeit haften soll; und ebenso durch facta, welche auf ein zu ertheilendes Pfandrecht schliessen lassen.

Hiernach läßt sich in Hinsicht auf die Bestellungsart ein ausdrückliches und stillschweigendes Conventional-Pfandrecht unterscheiden, und ersteres ist dasjenige, was durch Worte ertheilt ist, die gradezu auf ein zu ertheilendes Pfandrecht gerichtet sind, letzteres dasjenige, was durch Worte oder Handlungen ertheilt ist, die auf ein zu ertheilendes Pfandrecht schliessen lassen. Daß die Worte oder Handlungen von der Art seyn müssen, daß daraus mit Sicherheit auf ein zu ertheilendes Pfandrecht zu schliessen, und daß sie nicht etwa dubiae interpretationis sind, ist allgemeinen Grundsätzen von der stillschweigenden Einwilligung gemäß. Es versteht sich

1) L. 4. D. de pign. L. ult. C. quae res pign.

dies jedoch nur, wenn wir schliessen, nicht, wenn die Gesetze geschlossen haben, wenn also nicht sowohl von einem stillschweigenden Conventionalpfandrecht, sondern vielmehr von einem vermutheten die Rede ist, was beides wohl zu unterscheiden ist, gewöhnlich aber nicht unterschieden wird, in einzelnen Fällen zusammentreffen kann, und eigentlich immer zusammentreffen sollte.

Beispiele eines stillschweigenden und beziehungsweise vermutheten Conventionalpfandrechts sind namentlich folgende:

1) Wenn der Schuldner dem Gläubiger aus gewissen Gütern seine Bezahlung verspricht [2]).

2) Wenn er ihm die Befugniß ertheilt, seiner Forderung wegen gewisse Güter zum Verkauf zu bringen [3]).

3) Auf ein vorbehaltenes Pfandrecht ist zu schliessen, wenn der Verkäufer sich des Ausdrucks bedient, er wolle sein Geld, z. B. im Hause, stehen lassen [4]).

4) Wenn Jemand eine Urkunde, z. B. einen Kaufbrief, eine Schuldverschreibung, zum Unterpfande gibt, so ist das Object, worüber sie lautet, als verpfändet zu betrachten [5]).

5) Bei einer relocatio tacita sind auch die vormals ertheilten Pfänder als auf's Neue verpfändet anzusehen [6]).

6) Wenn Jemand, dessen Güter der Schuldner verpfändete, hernach für die Schuld Bürge wird, so gibt er durch dies factum seine Ratihabition zu erkennen [7]).

2) *Mev.* P. VII. dec. 49.

3) L. 3. §. ult. D. qui pot. in pign.

4) *Pufendorf* obs. jur. un. I. obs. 212.

5) L. 2. C. quae res in pign.

6) *L.* 13. §. *fin. D. Locat. cond.* Qui impleto tempore conductionis permansit in locatione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata.

7) *L.* 5. §. 2. *D. in quibus causis pignus.* Si quis fidejubeat, cum res illius a debitore, pro quo fidejussit, pignori data sit, bellissime intelligitur, hoc ipso, quod fidejubeat, quodammodo

Es wird jedoch billig vorausgesetzt, daß der bürgende Eigenthümer, als er bürgte, von der geschehenen Verpfändung seiner Sache unterrichtet war [8]).

7) Von einem stillschweigenden oder vielmehr vermutheten Conventionalpfandrecht wird auch folgende Stelle verstanden:

L. 5. *C. de locat. et cond.*

Certi juris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris jure tenentur.

Nach Weber's Lehre handelt die Stelle von einem zwischen dem Pächter und dem Verpächter eingegangenen *pacto de inferendo*, und von einem daraus abzuleitenden Conventionalpfandrecht. Hat der Verpächter ausbedungen, der Pächter solle gewisse Güter in das Grundstück bringen — das wollen die Worte ea, quae *voluntate* dominorum coloni in fundum induxerint, andeuten —, so ist anzunehmen, daß die Illation in der Meinung stipulirt sey, daß sie dem Verpächter zur Sicherheit der Erfüllung der Contractsverbindlichkeiten dienen solle, falls nicht etwa eine andre Absicht dabei ersichtlich ist [9]).

Keinen Zweifel kann es wol leiden, daß, wenn wirklich ein Vertrag — ein pactum de inferendo — in dieser Art

mandare, res suas esse obligatas. Sane si postea sint ejus res hypothecae datae, non erunt obligatae.

8) *Erxleben* Princ. de jure pign. §. 48.

9) Weber über den Sinn der L. 5. C. de locat. cond. (In dessen Versuchen über das Civilrecht, Seite 81 und folg.)

geschlossen wäre, die eingebrachten Sachen als verpfändet zu betrachten seyn würden. Es läßt sich nur nicht mit Sicherheit, ja selbst nicht mit Wahrscheinlichkeit behaupten, daß grade von einem Vertrage und von einem solchen Vertrage an dieser Stelle die Rede sey. Die alten Rechtsgelehrten nahmen ziemlich einstimmig an, sie handle von dem Fall, da die invecta et illata ausdrücklich verpfändet worden [10]). Aber die gebrauchten Worte deuten auf keine ausdrückliche Verpfändung hin, die ganze Fassung der Stelle widerstrebt dieser Auslegung; ja schon die allerersten Worte stellen sie als verwerflich dar. Wie läßt es sich wol glauben, daß, wir wollen nicht sagen, ein Gesetzgeber, sondern nur irgend ein Mensch sich so ausdrücken würde: Es ist ein ausgemachter Rechtssatz, daß ausdrücklich verpfändete und in das praedium eingebrachte Sachen dem Pfandnexus unterworfen, kurz daß verpfändete Sachen — verpfändet sind. Das Sicherste scheint zu seyn, daß man bei den Worten stehen bleibt. Und darnach würde der Sinn der Stelle seyn: Es ist ein ausgemachter Rechtssatz, daß Sachen, die mit Einwilligung des Verpächters auf ein praedium rusticum gebracht sind, dem Verpächter zum Pfande dienen; hingegen bei praediis urbanis ist nicht erforderlich, daß die invecta et illata mit Wissen und Willen des Vermiethers eingebracht sind. Denn sie sind schon von Rechtswegen verpfändet.

Die bloße Einwilligung in die Einbringung gewisser Sachen begründet also bei praediis rusticis schon ein Pfand-

10) *Mornacius* ad h. l. *Oosterga* ad h. l. Idem disp. de locat. et emphyteusi thesis 1. *Perez* ad h. tit. C. nr. 23. Westphal vom Pfandrecht §. 102. Note 122. S. 155. Hingegen erklärten sie, wie Weber, von einem *pacto de inferendo*. *Cujacius* ad l. 4. de pactis. *Donellus* de pign. c. 4. *Bachov* 1. de pign. cap. 11. *Vinnius* ad §. 7. de act. nr. 9. u. s. w.

recht. Diese Auslegung stimmt nicht nur zu den Worten überhaupt, sondern besonders auch zu den Anfangsworten und ganz besonders zu dem Gegensatz von voluntas, die in dem einen Fall erforderlich, und der scientia, die im andern nicht erforderlich ist [11]). Man wird sagen, diese Erklärung sey unter allen die schlechteste, weil sie nichts erkläre. Wir geben sie auch für keine eigentliche Erklärung, sondern behaupten bloß: das steht im Gesetz, und dabei müssen wir bleiben, wenn wir auch die Gründe davon nicht einsehen. Denn hier scheint es in der That unmöglich zu seyn, einen irgend haltbaren Grund für jenen Unterschied aufzufinden. —

Zwar so ganz unmöglich möchte es am Ende doch nicht seyn. Wie, wenn jene Stelle, deren Sinn aufzufinden man im ersten Augenblick verzweifelt, sich gar leicht erklären ließe, wenn man annimmt, daß Sachen, die voluntate domini auf das praedium rusticum gebracht sind, — als tradirt anzusehen sind?

Schon Azo hegte die Meinung, der Locator besitze die invecta et illata; Petrus unterschied zwischen praediis rusticis und urbanis. Bei letztern nahm er Besitz des Locators

11) Es wäre zwar noch eine andre Auslegung möglich. Man könnte nämlich die Stelle von Verpfändung fremder Sachen verstehen und zwei dominos — den dominus der eingebrachten Sachen und den dominus praedii — unterscheiden; allein dann müßte man annehmen, daß bei praediis urbanis ein Pfandrecht auch ohne Einwilligung, ja ohne Wissen des Eigenthümers der Sachen entstehen könne, welches ungereimt wäre und mit L. 1. §. 5. D. de migrando in Widerspruch stehen würde; nur soviel ergeben die Gesetze, daß der Vermiether eines praedii urbani gegen den Miethsmann auch an solchen invectis et illatis ein Retentionsrecht ausüben könne, die dem Miethsmann nicht gehören, genug, daß er sie eingebracht hat, und daß der Vermiether auch solche Sachen den Miethsmann hinwegnehmen lassen muß, wenn er der Miethe wegen befriedigt ist; aber ein wirkliches Pfandrecht steht ihm nicht zu. L. 1. §. 5. D. de migrando. L. 2. D. eod.

an. So auch Cynus [12]); Bachov bemerkt dies und verwirft den Besitz des Locators ohne Unterschied [13]). Es scheint aber in dem Fall nicht so ganz verwerflich zu seyn, zu behaupten, der Locator besitze die invecta et illata, wenn sie mit seinem Wissen und Willen auf sein Grundstück gebracht sind. Wir erinnern uns, daß Ulpian lehrt: Sachen, die zum dos gehören, sind als tradirt anzusehen, wenn sie mit Wissen und Willen des Mannes in seiner Wohnung niedergelegt sind [14]). Bachov, der dieser Aeusserung des Ulpian bei dieser Gelegenheit selbst gedenkt, sucht ihre Beweiskraft für den Besitz des Locators — dadurch zu entkräften, daß der Mann neben der Frau im Hause wohne und die Sachen zu dem Zweck eingebracht würden, damit der Mann sie in seiner Gewahrsame haben und sie ihm anvertraut seyn sollten. Nun ist es freilich nicht zu leugnen, daß dieser Fall von dem vorigen sehr verschieden ist; allein es ist auch nicht zu leugnen, daß sich auf diese Art die L. 5. C. Loc. auf die leichteste Art erklären läßt.

Ob auch

8) Der Fall hierher zu rechnen, den Leyser [15]) als Beispiel eines stillschweigenden Conventionalpfandrechts aufführt, da nämlich der Schuldner dem Gläubiger wegen seiner Forderung den Besitz einer Sache einräumt? — Schwerlich! Ein Retentionsrecht würde jener erlangen, kein Pfandrecht.

Ebensowenig, wie dieser, gehört zu den Beispielen eines

12) Der sich dabei auf L. 11. §. 5. D. de pign. act. berief, wornach dem Miethsmann gegen den Vermiether, wenn er die Miethe für ihn bezahlt und Sachen eingebracht hat, die actio pignoratitia eingeräumt wird, ein Umstand, der freilich nichts beweis't.

13) de pign. lib. 3. cap. 6. nr. 2.

14) L. 9. §. 3. D. de jure dotium.

15) spec. 223. med. 3.

stillschweigenden Conventionalpfandrechts, vielmehr eines ausdrücklichen, der Fall, den Hert [16]) dazu rechnet, da der Eigenthümer eine Urkunde unterschreibt, worin seine Güter von einem andern verpfändet wurden [17]).

§. 17.

Pignus testamentarium.

Auch im Testament oder andern Art von letztem Willen kann ein Pfandrecht constituirt werden [1]). Wer fähig ist, ein Testament oder andre Art von letztem Willen zu machen, kann auch ein solches Pfandrecht constituiren. Es wird entweder zur Sicherung einer Forderung bestellt, die derjenige schon hat, dem es constituirt wird, oder zur Sicherheit eines Vermächtnisses [2]), und ist selbst als ein Legat zu betrachten [3]). Der Natur einer letztwilligen Disposition ist es gemäß, daß es nicht von Zeit des errichteten Testaments, sondern erst von Zeit des Todes des Testators seinen Anfang nimmt.

Kann der Testator in seinem letzten Willen auch an den Gütern des Erben ein Pfandrecht constituiren? — Bachovs bejahende Meinung scheint gegründet zu seyn, weil der Erblasser sogar des Erben Sache selbst dem Legatar hätte zuwenden können. Doch nimmt das an den Gütern des Erben constituirte Pfandrecht erst mit dem Augenblick seinen Anfang, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat [4]).

16) de pign. conv. tac. §. 13. (in ejus opusc. Vol. II. Tom. III. p. 106.)

17) *Erxleben* c. l. §. 48. nota *a*.

1) L. 26. pr. D. de pign. act. L. 1. C. communia de legatis.

2) L. 9. D. de annuis legatis. L. 12. D. de alim. legat.

3) Bolley a. a. O. §. 121.

4) *Bachov* de pign. lib. I. cap. VII. in fine, et lib. II. cap. III. nr. 3.

Das testamentarische Pfandrecht kann übrigens, gleich dem conventionellen, ein ausdrückliches oder stillschweigendes seyn.

II.

Pignus necessarium.

§. 18.

Arten desselben.

Das nothwendige Pfandrecht entsteht entweder durch das Gesetz oder durch ein richterliches Decret, und ist hiernach entweder ein gesetzliches oder prätorisches.

§. 19.

1. Gesetzliches Pfandrecht.

Das gesetzliche Pfandrecht ist ein solches Pfandrecht, was ohne Willenserklärung oder besondere Verabredung unmittelbar aus dem Gesetz entspringt, kurz, ein Pfandrecht, was das Gesetz bestellt. Es wird auch ein stillschweigendes Pfandrecht und zum Unterschiede von demjenigen, was sich auf stillschweigenden Vertrag gründet, ein gesetzliches stillschweigendes Pfandrecht genannt.

Der Grund, weshalb das Gesetz Jemandem ein Pfandrecht constituirt, kann verschieden seyn. Bald beruht er darauf, daß der Gläubiger nicht im Stande ist, selbst für sich zu sorgen, bald auf einer besondern Begünstigung des Gläubigers oder seiner Forderung; in andern Fällen liegt Billigkeit zum Grunde, oder die besondre Natur der Forderung macht, daß der Gläubiger aus dieser oder jener Sache des Schuldners seine Befriedigung suchen darf; es können auch mehrere dieser Rücksichten in demselben Fall zusammentreffen. — Auf

allen Fall ist es eine Abweichung von der Regel des Rechts, daß Jemand ein Pfandrecht erwirbt, ohne daß dies mit dem Willen desjenigen geschieht, an dessen Gütern er es erlangt, und das Gesetz, was ein Pfandrecht constituirt, ist daher nicht auf andre Personen und andre Fälle auszudehnen, als welche im Gesetz namentlich genannt sind.

Das gesetzliche Pfandrecht ist übrigens, wie das Pfandrecht überhaupt, entweder ein allgemeines oder ein specielles.

§. 20.

Einzelne Arten des gesetzlichen speciellen Pfandrechts.

Die Gesetze geben ein specielles Pfandrecht

I) dem Locator, und zwar a) dem Vermiether eines praedii urbani, an den invectis et illatis oder an den Sachen, die der Miethsmann in das Grundstück eingebracht hat [1]). Vorausgesetzt wird jedoch dabei, daß sie dem Miethsmann eigen gehören, und daß die Einbringung in der Art geschehen, daß jene Sachen nicht bloß eines vorübergehenden Gebrauchs wegen, sondern damit sie dort bis auf weiter seyn und bleiben sollen [2]), oder, wie Lauterbach [3]) sich gut und treffend ausdrückt, in der Art: „ut res ibi sedem habeat quasi ordinariam, donec ob supervenientem causam transferenda“ eingebracht sind.

Dem Vermiether steht das Pfandrecht zu, nicht bloß wegen des Miethsgeldes, sondern auch wegen anderer For-

de-

1) L. 4. D. de pactis. L. 4. D. In quibus causis pignus.

2) L. 7. §. 1. D. In quibus causis pignus. L. 32. π. de pign. et hyp.

3) Im Coll. Pandect. tit. in quibus causis pignus §. 95.

derungen, die durch den Contract begründet sind [4]). Es nimmt seinen Anfang von dem Augenblick der geschehenen Einbringung. Denn das Gesetz ertheilt das Pfandrecht an den Sachen, welche eingebracht sind, also m. a. W. an den Sachen, nachdem sie eingebracht sind. Es bleibt auch hier der Willkühr des Miethsmanns überlassen, welche Sachen er einbringen will; und kurz, wenn den Gesetzen zufolge das durch den Vertrag constituirte Pfandrecht an den invectis et illatis a tempore illationis seinen Anfang nimmt [5]), so gilt dies auch von dem durchs Gesetz, „quasi id tacite convenerit" an den invectis et illatis constituirten Pfandrecht.

Hat der Miethsmann das gemiethete Grundstück ganz, oder einen Theil desselben, weiter vermiethet, so versteht es sich, daß ihm, als Vermiether, die invecta und illata seines Miethsmanns so gut, als jedem andern Vermiether, verpfändet sind. Aber nicht bloß ihm, sondern auch dem Eigenthümer des Gebäudes sind die invecta und illata desjenigen verhaftet, an welchen er das Gebäude ganz oder zum Theil weiter vermiethet hat, jedoch dem einen wie dem andern nur in Ansehung einer so großen Summe, als der zweite Miethsmann dem ersten schuldig ist [6]). Wenn aber der Miethsmihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero: pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse. Et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea, — mein Bischen Haus-

4) L. 2. D. In quibus causis pignus.

5) L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign.

6) *L.* 11. §. 5. *D. de pign. act.* Solutam autem pecuniam accipiendum: non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus, vel ei, cui heres exstitit, vel procuratori ejus, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris et ejus partem

mann den Gebrauch der Sache einem andern unentgeldlich überläßt, dessen invecta und illata sind dem Eigenthümer des Gebäudes nicht verpfändet [7]), ebensowenig als sie in diesem Fall dem Miethsmann selbst zum Pfande dienen.

b) Der Verpächter eines praedii rustici hat nach römischem Recht kein Pfandrecht an den invectis et illatis des Pächters [8]), wohl aber an den vom Pächter, oder, wenn dieser das Grundstück weiter verpachtet hat, vom Unterpächter percipirten Früchten, welche auf dem verpachteten Grundstück gewachsen sind [9]). So lange die Früchte mit der Hauptsache noch vereinigt sind, kann von einem Pfandrecht, als von einem jure in re aliena, die Rede nicht seyn, und wenn ein andrer als der Pächter sie percipirt hat, nämlich für sich, ebensowenig. Sie müssen erst aus dem Eigenthum des Verpächters herausgegangen seyn, und dies ist geschehen, sobald der Pächter oder ein andrer auf seine Auctorisation, z. B. der Unterpächter, sie percipirt hat. Das Pfandrecht nimmt daher erst a tempore perceptionis fructuum seinen Anfang. Das Aufhören des Eigenthums und der Anfang des Pfandrechts gehen bei dem Schall der Sense in demselben Moment vor sich, oder vielmehr, sie verlieren sich in einander. Da dies allgemeinen Grundsätzen über die Natur des Pfandrechts und über das Eigenthum an den Früchten vor und nach der Trennung von der Hauptsache gemäß ist, so bedürfen die vorgetragenen Grundsätze keiner Bestätigung durch Gesetzstellen aus der Materie des Pfandrechts. Sonst ließe sich allenfalls die

rath, wie es Westphal übersetzt — tenerentur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.

7) L. 5. π. In quibus causis pignus.

8) L. 4. D. In quibus causis pignus.

9) L. 7. D. eod. L. 24. §. 1. D. Locati.

angeführte L. 24. §. 1. D. Locati zu diesem Zweck anwenden, wo es heißt:

> Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, *si primus colonus eos percepisset.*

Da die Gesetze das Pfandrecht des Verpächters nicht grade auf das Pachtgeld, als sollten die Früchte nur dafür haften, einschränken, so ist anzunehmen, daß es dem Verpächter auch für andre, durch den Contract begründete Forderungen zu gute komme, wiewohl die Rechtsgelehrten meistens nur von einem Pfandrecht des Verpächters ratione *mercedis* residuae sprechen.

Gemeinschaftlich für beide Pfandrechte, des Vermiethers an den eingebrachten Sachen, des Verpächters an den Früchten, ist Folgendes zu bemerken:

1) Sie sind die ältesten von allen gesetzlichen Hypotheken. Schon Neratius Priscus, der unter Trajan und Hadrian lebte, gedenkt der Hypothek des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethsmanns [10]). Auch der Hypothek des Verpächters an den Früchten geschieht von ihm und andern Rechtsgelehrten dieser Zeit Erwähnung [11]). Beide beruhen ursprünglich, wie es scheint, auf Gewohnheitsrecht [12]) und sind unter dem Vorwande eines stillschweigenden Vertrags eingeführt. Diese Ansicht liegt auch jetzt noch dabei zum Grunde, und selbst nach dem neuesten römischen Rechte sind diese Hypotheken solche, welche durch stillschweigenden Ver-

10) L. 3. et 4. D. In quibus causis pignus.

11) Westphal im Pfandrecht §. 104.

12) Dabelow vom Conc. der Gläubiger, S. 192.

trag constituirt sind, oder auf dem durch die Gesetze vermutheten Willen der Contrahenten beruhen, daher sie auch genau genommen gar nicht hierher gehören. Was namentlich die Hypothek des Vermiethers an den invectis und illatis betrifft, so läßt Justinian sich also darüber vernehmen:

> Sancimus, de invectis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur, non solum in utraque Roma et territorio earum hoc jus locum habere, sed etiam in nostris provinciis. Tali enim justa *praesumtione* etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus [13]).

Selbst das Pfandrecht, was dem Eigenthümer des Gebäudes an den eingebrachten Sachen des Untermiethsmanns zusteht, wird, consequent genug, als ein solches gegeben, was auf einem stillschweigenden Vertrage des Eigenthümers mit dem Untermiethsmann beruht, so daß also nicht der Vertrag des ersten Miethsmanns mit dem zweiten dem Eigenthümer zu gute kommt, sondern sein eigner. („Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.“ Schlußworte der vorher angeführten L. 11. §. 5. de pign. act.)

2) Die Wahrheit zu sagen, ist es kein so ganz ausgemachter Rechtssatz, daß nur dem Vermiether eines praedii urbani ein gesetzliches Pfandrecht an den invectis et illatis zusteht; seit den Zeiten der Glossographen hat eine Menge von Rechtsgelehrten ein solches auch dem Verpächter eines praedii ru-

13) Die Stelle beweist, daß bis dahin nur in Rom und Constantinopel und dem Gebiete dieser Städte der Grundsatz gegolten habe, der Vermiether habe ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethsmanns.

stici beigelegt. Zu diesen gehört insonderheit Mevius, welcher zugleich behauptet, es sey auf allen Fall Gewohnheit in Deutschland, daß die invecta und illata dem Verpächter verhaftet sind [14]). Aber 1) für den Verpächter ist durch das Pfandrecht an den Früchten gesorgt; 2) erwähnen die hierher gehörigen Stellen der Gesetze immer nur eines dem Vermiether eines praedii urbani an den *invectis et illatis* zustehenden Pfandrechts [15]), und wenn von einem dem Verpächter zustehenden die Rede ist, dann ist die Rede von einem ausdrücklich bestellten [16]). 3) Bemerkt Theophilus, der es doch hätte wissen müssen, wenn es ein gesetzliches Pfandrecht des Verpächters an den invectis et illatis gegeben hätte, indem er die Natur der actio hypothecaria durch ein Beispiel erläutern will, wie diese Klage z. B. dann angewandt werde, wenn Jemand einen ager verpachtet, der Verpächter sich an *invectis et illatis* ein Pfandrecht ausbedungen habe, der Pächter mit dem Pachtgelde im Rückstande geblieben sey, und die invecta et illata sich in den Händen eines Dritten befänden [17]). 4) Indem Justinian des interdicti Salviani gedenkt, bemerkt er, es stehe dem Grundherrn zu, der sich an den Sachen des Pächters ein Pfandrecht ausbedungen — eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercede pignori futuras pepigisset [18]). Unter den Sachen können keine andern, als die

14) *Mev.* Decis. P. 4. dec. 127.

15) L. 4. D. de pactis. L. 2. 3. 4. 5. pr. D. in quibus causis pignus.

16) L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign. L. 5. C. in quibus causis pignus.

17) *Theophil.* paraphras. graeca I. lib. 4. tit. 6. §. 7. Die Stelle kann beiläufig zur Bestätigung dienen, daß zur Anstellbarkeit der actio hypothecaria — mora des Schuldners erforderlich sey. S. auch *Theophil.* paraphr. §. 3. I. de interdictis.

18) §. 3. I. de interd.

invecta et illata verſtanden werden [19]). 5) Streitet beſonders für die gewöhnliche Lehre

L. 4. *D. in quibus causis pignus.*

Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.

Wie wir aber im römiſchen Recht bei jedem Schritt auf Schwierigkeiten ſtoßen, und oft auch ſolche Sätze, die deutlich in gewiſſen Stellen zu liegen ſcheinen, durch andre Stellen ungewiß und erſchüttert werden, ſo fehlt es ſelbſt hier nicht an dergleichen Stellen, die wol geſchickt wären, uns in unſerm Glauben wankend zu machen. Dahin gehört zwar nicht L. 5. C. in quibus causis pignus, eher *L.* 24. §. 1. *D. Loc.*

Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum esset, si primus colonus eos percepisset,

beſonders aber L. 7. §. 1. D. in quibus causis pignus, wo es heißt, nachdem vorher die Rede davon geweſen, daß bei praediis rusticis die Früchte dem Verpächter verhaftet ſind:

Videndum est, ne non omnia illata vel inducta: sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint? Quod magis est.

Indeſſen ſcheint doch das Uebergewicht der Gründe für den zuerſt aufgeſtellten Satz zu ſtreiten und dieſe beiden Stellen, die dem Verpächter nicht gradezu ein Pfandrecht an den invectis et illatis beilegen, ſcheinen ſich auf Fälle zu beſchränken, da dem Verpächter ein ſolches Pfandrecht ausdrücklich beigelegt iſt, was bei den Römern wol gewöhnlich der Fall

19) *THEOPHIL.* paraphr. graeca I. §. 3. de interd.

gewesen seyn wird; wenigstens muß man dies annehmen, damit ein Widerspruch vermieden werde. Es gibt indessen noch ein andres Mittel, sie mit einander zu vereinigen und zugleich jene deutsche Gewohnheit, wovon Mevius spricht, mit dem römischen Recht zu befreunden. Nämlich es ist schon früher erwähnt, die L. 5. C. de locat. cond. sey so zu verstehen: auch dem Verpächter eines praedii rustici stehe an den invectis et illatis ein Pfandrecht zu, wenn diese mit seinem Wissen und Willen auf das Grundstück gebracht sind. Da dies nun grade der gewöhnliche Fall seyn wird, so kann man, vorausgesetzt, daß jene Auslegung die richtige ist, kaum sagen, daß jene Stellen einander entgegenstehen oder die deutsche Gewohnheit dem römischen Recht widerstreite. Die römische Gewohnheit legte dem Vermiether eines praedii urbani ein Pfandrecht an den invectis et illatis bei; dies grade sagt L. 4. D. in quibus causis pignus. *Eo jure utimur*, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit; bei praediis rusticis war eine solche Gewohnheit nicht vorhanden; darum setzt Neratius hinzu: in rusticis praediis contra observatur [20]). Mehr sagt er nicht. Bei diesen ward das Pfandrecht erst durch die Rechtsgelehrten eingeführt und auf die Tradition gegründet. Daher war hier Wissenschaft und Wille des Verpächters erforderlich und das Pfandrecht durch sie bedingt; bei praediis urbanis aber, bei welchen schon das Gesetz — die Gewohnheit — das Pfandrecht eingeführt hatte, bedurfte es deren nicht. Auf solche Art erklärt es sich leicht, warum die Gesetze nur eines dem Vermiether eines praedii urbani

20) Bei praediis rusticis beschränkte sich das Pfandrecht auf die Früchte, welche (ursprünglich) ausdrücklich verpfändet wurden. L. 61. §. 8. D. de furtis.

an den invectis et illatis zustehenden gesetzlichen Pfandrechts gedenken, warum bei praediis rusticis die invecta et illata ausdrücklich verpfändet wurden, während doch auch wieder einige Stellen sich so ausdrücken, als stehe auch dem Verpächter eines praedii rustici ein gesetzliches Pfandrecht an den invectis et illatis zu.

3) Unter *praedium rusticum* ist in dieser Sphäre zu verstehen ein Grundstück, was Früchte hervorbringt, und zum Fruchtgenuß verpachtet ist. Unter *praedium urbanum* hingegen ein Grundstück, was keine Früchte hervorbringt und nicht zum Fruchtgenuß verpachtet ist, sondern zum Bewohnen oder zu anderweitigem Gebrauch, es mag übrigens in der Stadt oder auf dem Lande belegen seyn. Daher gehören Viehställe, Dreschtennen, Scheunen zu den praediis urbanis [21]). Sind Grundstücke von beider Art mit einander verbunden, so entscheidet die Natur der Hauptsache über die Natur des Pfandrechts. Daher sind bei einem verpachteten Landgute diejenigen Sachen, welche in die dazu gehörigen Gebäude eingebracht sind, nicht im Pfandnexus [22]).

II) Eine gesetzliche specielle Hypothek hat ferner auch derjenige, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld angeliehen hat, und zwar hat er sie an dem wiederhergestellten Gebäude. Diese Hypothek ward durch ein unter dem Kaiser Marcus Antoninus Philosophus gegebenes Senatusconsultum [23]) eingeführt. Westenberg [24]) und mit ihm Pufendorf [25]) nehmen an, daß die Hypothek

21) L. 3. D. In quibus causis pignus. L. 4. §. 1. D. eod.

22) Webers Versuche über das Civilrecht, Seite 81 u. folg.

23) L. 1. π. In quibus causis pignus. L. 24. §. 1. D. de rebus auct. jud. poss.

24) Div. Marcus D. 41.

25) Tom. II. obs. 170.

nicht bloß denen zustehe, die zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld dargeliehen haben, sondern auch denjenigen, die auf andre Art zur Wiederherstellung beigetragen haben, z. B. durch creditirte Baumaterialien, so wie, daß sie auch auf den Lohn der Handwerksleute auszudehnen sey; allein vergleicht man jene Stellen mit einander, so ergibt sich bald, daß das Gesetz nur denjenigen die Hypothek ertheilt habe, welche baares Geld zu jenem Behuf dargeliehen haben, und daraus folgt dann weiter, daß, wenn auch identitas rationis in dem einen Fall wie in dem andern vorhanden wäre, die Hypothek, als auf einem jure singulari beruhend, nicht über den im Gesetz benannten Fall auszudehnen sey, wie dies alles G. L. Böhmer [26]), dem auch Dabelow [27]) gefolgt ist, gezeigt hat.

Wenn Jemand Baumaterialien zum Behuf der Wiederaufbauung eines Gebäudes creditirt hat, und Schuldner und Gläubiger kommen überein, daß die Schuld in ein mutuum verwandelt seyn solle, was ist dann Rechtens in Ansehung der Hypothek? Hat der Gläubiger in diesem Fall die gesetzliche Hypothek, die demjenigen ertheilt ist, welcher zur Wiederaufführung eines Gebäudes eine Anleihe gemacht hat? — Ohne Zweifel, nein! Denn die Hypothek ist nur demjenigen ertheilt, welcher wirklich zur Wiederherstellung Geld angeliehen hat. Nimmt man aber mit Westenberg und Pufendorf an, daß die Hypothek demjenigen auch zustehe, der Baumaterialien creditirt hat, so würde der Gläubiger in dem angenommenen Fall durch die Verwandlung der Schuld in ein mutuum die Hypothek, die ihm zuvor zustand, eingebüßt haben. Denn es ist dann so anzusehen, als sey das Geld

26) Electa jur. civ. Exercit. XII. §. 8 seqq.

27) Vom Conc. der Gläubiger S. 202.

bezahlt, also die vorige Schuld getilgt, und darauf dem Schuldner zum Darlehn zurückgegeben, und also eine neue Schuld contrahirt [28]).

Es ließe sich selbst daran zweifeln, ob die Hypothek demjenigen zu gute komme, der Geld angeliehen hat, nicht zur Wiederaufbauung, sondern bloß zur Ausbesserung des Gebäudes. Die gewöhnliche Meinung ist dem Gläubiger günstig, nicht ebenso sind es die Worte der Gesetze. In L. 1. D. In quibus causis pignus, ist von einem Gläubiger die Rede, „qui pecuniam ob *restitutionem* aedificii *exstruendi* mutuam dedit," und L. 25. §. 1. D. de rebus auct. jud. poss. redet ebenfalls von einem solchen, „qui ob *restitutionem* aedificiorum crediderit." Indessen ist doch Ausbesserung eine partielle Wiederherstellung eines Gebäudes.

So viel aber ist ausser Zweifel, daß sich das Pfandrecht nicht erstreckt auf Anleihung zum Behuf der Wiederherstellung andrer Grundstücke oder Sachen, so wie auch nicht auf solche, die zum Zweck der Aufführung neuer Gebäude gemacht sind.

Endlich könnte die Frage entstehen, ob zum Behuf des Pfandrechts erforderlich sey, daß das Geld zur Herstellung des Gebäudes verwandt sey [29])? Wiederhergestellt muß das Gebäude seyn, sonst könnte der Gläubiger kein Pfandrecht daran haben. Allein der Anleiher kann das Gebäude wieder hergestellt haben, ohne das Geld des Gläubigers dazu zu verwenden. Die angeführten Gesetzstellen erfordern nur Anleihe zu diesem Zweck, und daher scheint zum Behuf des Pfandrechts überhaupt, auch nur diese, nicht aber wirkliche Verwendung erforderlich zu seyn, und dies ist um so mehr

28) L. 15. D. de rebus creditis.

29) Wie z. B. Dabelow a. a. O. behauptet.

anzunehmen, da, nachdem der Gläubiger das Geld zu jenem Behuf angeliehen hat, die wirkliche Verwendung dazu weiter nicht von ihm abhängt.

III) Eine gesetzliche specielle Hypothek haben ferner Pupillen und Minderjährige an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen. Diese Hypothek bezieht sich auf den Fall, da Jemand mit dem Gelde des Pupillen die Sache für sich erkauft hat, ohne daß es ihm geliehen wäre. Dem Pupillen und Minor ist nur die mit seinem Gelde angeschaffte Sache gesetzlich verpfändet. War es der Vormund, welcher mit dem Gelde des Pupillen eine Sache und zwar im eignen Namen oder für sich selbst erkaufte, so hängt es von dem Pupillen ab, ob er Eigenthümer der von dem Vormunde erkauften Sache seyn wolle — denn der Vormund, der das Geld des Pupillen zum Ankauf verwandte, durfte die Absicht nicht haben, für sich selbst erwerben zu wollen, und der Pupill kann es daher so ansehen, als habe er für ihn gekauft, — er kann sich nämlich, wenn er will, einer vindicatio, und zwar einer vindicatio utilis bedienen, (wie überhaupt die Klagen, die der Pupill durch Handlungen des Vormundes erwirbt, nur utiles sind:) oder ob er sein Geld von dem Vormunde mit Zinsen zurückfordern wolle. Im letztern Fall wird der Pupill ein Pfandrecht an der mit seinem Gelde erkauften Sache haben, weil überhaupt Sachen, die mit dem Gelde eines Pupillen erkauft sind, dem Pfandnexus unterliegen. Nicht aber kann er beides zugleich haben, Eigenthumsrecht und Pfandrecht, weil jenes als das stärkere dieses als das schwächere Recht überwältigen und zerstören würde.

Auf solche Art scheinen L. 7. pr. D. qui pot. in pign. L. 2. D. Quando ex facto tutor. L. 3. C. Arbitrium

tutelae und L. 6. C. de servo pignori dato manumisso mit einander zu vereinigen zu seyn [30]).

§. 21.

Einzelne Arten des gesetzlichen allgemeinen Pfandrechts.

Eine gesetzliche allgemeine Hypothek haben:

I) Der Fiscus [1]), und zwar a) hat der Fiscus wegen der öffentlichen Steuern und Abgaben, es mögen persönliche oder dingliche, ordentliche oder außerordentliche seyn, ein Pfandrecht an dem gesammten Vermögen des Schuldners. Dies Pfandrecht nimmt a tempore factae impositionis tributorum seinen Anfang [2]). b) Nicht weniger hat der Fiscus und nach dem Beispiel desselben auch Princeps und Augusta [3]) ein gesetzliches Pfandrecht an dem gesammten Vermögen desjenigen, mit dem er contrahirt hat, von Zeit des geschlossenen Contracts an gerechnet [4]). Daraus folgt nun, daß der Fiscus namentlich auch ein gesetzliches allgemeines Pfandrecht habe an dem Vermögen desjenigen, dem die Verwaltung fiscalischer Güter übertragen ist, und zwar von Zeit der übernommenen Administration an gerechnet.

Dem Fiscus steht das allgemeine Pfandrecht nicht bloß an den Gütern desjenigen zu, mit dem er selbst contrahirt hat, sondern auch dessen Güter sind dem Fiscus gesetz-

30) Vergl. *Voet* ad D. lib. 20. tit. 2. §. 15.

1) L. 46. §. 3. D. de jure fisci.

2) L. 1. C. In quibus causis pignus. L. 1. C. Si propter publicam pensitationem.

3) Arg. L. 6. §. 1. D. de jure fisci. *Voet* ad Dig. lib. 20. tit. 2. §. 8.

4) L. 2. C. In quibus causis pignus.

lich verpfändet, der mit Jemandem contrahirt hat, in dessen Rechte der Fiscus succedirt, und zwar von Zeit der Successionan gerechnet [5]). — Wegen fiscalischer Strafen steht dem Fiscus kein gesetzliches Pfandrecht zu [6]).

Ein gesetzliches allgemeines Pfandrecht hat

II) der Ehemann an dem Vermögen desjenigen, der ihm einen Dos versprochen hat, es mag die Frau oder der Schwiegervater oder ein Fremder seyn. Justinian ertheilte dem Ehemann diese Hypothek in der L. un. C. de rei ux. act. Sie dauert auch nach Auszahlung des Dos, wegen der Gewährsleistung, annoch fort [7]).

III) Die Ehefrau hat ein gesetzliches Pfandrecht an dem gesammten Vermögen des Mannes wegen der ihr ausgesetzten donatio propter nuptias [8]).

IV) Nach älterm römischen Recht stand der Frau wegen ihres Brautschatzes keine Hypothek an dem Vermögen des Mannes, sondern nur ein privilegium personale zu [9]). Erst Justinian ertheilte der Frau eine Hypothek, und zwar Anfangs an den Dotalsachen selbst, nicht bloß an denjenigen, die (venditionis gratia) geschätzt und also in des Mannes wirkliches und unwiderrufliches Eigenthum übergegangen sind, sondern auch an denjenigen, woran dem Mann nur ein dominium civile et revocabile zusteht [10]). In der Folge legte er der Frau 1) wegen des Brautschatzes eine Hypothek an dem gesammten Vermögen des Mannes [11]), und

5) L. 6. D. de jure fisci.

6) L. 17. und L. 37. D. de jure fisci.

7) L. un. §. 1. C. de rei ux. act. — L. I. C. de jure dotium.

8) L. 29. C. de jure dotium. Nov. 109. cap. 1.

9) L. 17. §. 1. D. de rebus auct. jud. poss.

10) L. 30. C. de jure dotium.

11) In der L. un. §. 1. C de rei ux. act.

dann auch 2) eine Hypothek an dem gesammten Vermögen des Mannes wegen der Paraphernalgüter bei, die dem Manne zur Verwaltung überlassen sind [12]). Der Frau steht hiernach im Allgemeinen wegen ihrer illata ein gesetzliches allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes zu, und was besonders den Dos betrifft, nicht nur wegen desjenigen, was gleich Anfangs in dotem gegeben ist, sondern auch wegen des augmenti dotis, wohin auch die bürgerlichen und natürlichen Früchte gehören, die vor der Ehe oder nach aufgehobener Ehe von den Dotalsachen percipirt sind, „hi enim (fructus) ad dotis augmentum pertinent“ [13]).

Die gesetzliche Hypothek wegen ihres Eingebrachten steht nicht nur einer Frau, die in einer rechtmäßigen Ehe lebt, sondern auch derjenigen zu, die von ihrer Seite bona fide eine Putativ-Ehe eingegangen ist, indem eine solche Ehe zum Vortheil des unschuldigen Theils alle Wirkungen einer rechtmäßigen hat [14]).

Was den Anfang der Hypothek der Frau wegen ihres Eingebrachten betrifft, so fängt die Hypothek 1) wegen des Brautschatzes selbst von Zeit der eingegangenen Ehe an, vorausgesetzt, daß er dann schon bezahlt oder wenigstens versprochen ist [15]); 2) wegen des augmenti dotis — ex tempore augmenti [16]), und 3) wegen der Paraphernalien von der Zeit, da sie inferirt sind [17]).

Eine Frage ist es, ob auch die Braut wegen des von ihr im Voraus bezahlten Brautschatzes eine gesetzliche Hypo-

12) In der L. ult. C. de pactis conv.

13) L. 31. §. fin. D. Soluto matrim.

14) *Erxleben* Princ. de jure pign. §. 72.

15) Arg. L. 1. D. qui pot. in pign.

16) Arg. L. 19. C. de donat. ante nuptias.

17) L. ult. C. de pactis conv.

thek an dem Vermögen des Bräutigams habe, wenn die Ehe nicht zu Stande gekommen ist. Die Frage bejahen Cocceji [18]) und mit ihm Dabelow [19]). Sie berufen sich 1) darauf, daß nach der L. 17. §. 1. D. de rebus auct. jud. poss. das persönliche Privilegium, welches nach älterm römischen Recht der Frau wegen der Restitution des Brautschatzes zustand, wenn sie mit chirographarischen Gläubigern concurrirte, auch der Braut zu gute kommen soll, wenn sie einen Dos vorausbezahlt hat, und die Ehe nicht zu Stande gekommen, und ferner 2) darauf, daß, wie sie sagen, die allgemeine Hypothek dem Brautschatz als solchem beigelegt sey. — Allein die Gesetze, und namentlich die L. un. §. 1. C. cit. haben nur der Ehefrau erwähnt, und dieser wegen ihres Brautschatzes eine allgemeine Hypothek beigelegt, und diese Verordnung läßt als ein jus singulare keine ausdehnende Erklärung zu. Ueberdies fängt auch die gesetzliche Hypothek wegen des Brautschatzes, wie gesagt, erst mit dem Zeitpunct der wirklich eingegangenen Ehe an, und kann also schon deshalb der Braut, die einen Dos vorausbezahlt hat, niemals zustehen [20]).

V) Ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht haben die Kinder an dem Vermögen ihrer Eltern und zwar 1) an dem Vermögen des Vaters wegen ihres mütterlichen oder von mütterlichen Ascendenten herrührenden Vermögens, woran

18) Jur. civ. controv. tit. in quibus rebus pignus. qu. 7.

19) Lehre vom Concurse der Gläub. S. 215. 243.

20) Westphal a. a. O. §. 84. *Erxleben* Princ. de jur. pign. §. 71. bes. *Runde* de historia, indole ac vi remediorum, quibus jure Romano prospectum est creditoribus debitoris obaerati per privilegia personalia, hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum, Gött. 1794. p. 50. Runde führt auch noch den Grund an, was die Braut als Dos vorausbezahlt habe, könne gar nicht als wahrer Dos angesehen werden.

dem Vater der Nießbrauch und die Verwaltung zusteht. Diese gesetzliche Hypothek, die Justinian den Kindern beilegte, und deren Sitz L. 6. pr. §. 2. et 4. C. de bonis, quae liberis ist, erstreckt sich also nicht auf gesammte bona adventitia der Kinder, sondern nur auf die bona materna sive materni generis [21]). Die Hypothek nimmt ihren Anfang von der Zeit an gerechnet, da der Vater die Verwaltung jener Güter (z. B. der großmütterlichen Erbschaft) übernommen oder angetreten hat, oder hätte übernehmen müssen [22]). 2) An dem Vermögen des Vaters oder der Mutter, der oder die zur zweiten Ehe geschritten ist, steht den Kindern der vorigen Ehe ein gesetzliches allgemeines Pfandrecht zu, wegen derjenigen Güter, deren Eigenthum der conjux binubus durch die Eingehung der zweiten Ehe verloren hat, und den Kindern der vorigen Ehe zu Theil geworden ist [23]).

VI) Den Pupillen und Minderjährigen sind die sämmtlichen Güter des Vormundes gesetzlich verhypothesirt, wegen aller Ansprüche und Forderungen, die aus der Tutel oder Curatel herrühren [24]). Was vom Tutor oder Curator gesagt ist, gilt auch, es mag der Curator im Allgemeinen oder zu einem einzelnen Act constituirt seyn, so wie vom tutor honorarius und von demjenigen, der sich pro tutore oder pro curatore gerirt hat [25]).

Das Gesetz hat bei Ertheilung der Hypothek nur der Pupillen und Minderjährigen erwähnt, daher steht sie auch nur

21) *Leyser* spec. 164. med. 8. und spec. 226. med. 4.

22) L. 6. §. ult. C. de bonis quae liberis. L. 6. §. 2. C. de secundis nuptiis. *Leyser* spec. 226. med. 5.

23) L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. C. de secundis nuptiis.

24) L. 20. C. de adm. tutor. L. un. §. 1. C. de rei ux. act.

25) *Hofacker* Princ. §. 689.

nur diesen, nicht aber andern Personen zu, die aus einem andern Grunde, als wegen ihrer Jahre, unter Curatel stehen. Was indessen furiosos betrifft, so läßt sich arg. L. 5. C. de cur. fur. annehmen, daß auch diesen eine gesetzliche Hypothek an dem Vermögen ihres Curators zustehe. Das gesetzliche Pfandrecht der genannten Personen nimmt seinen Anfang a tempore tutelae vel curae suscipiendae und, was die Protutel betrifft, a tempore protutelae susceptae [26]). Es dauert fort, obgleich die Tutel oder Curatel aufgehört hat, obgleich bereits Rechnung abgelegt ist, und hört erst auf, wenn die Ansprüche und Forderungen, die aus der Tutel oder Curatel herrühren, gänzlich getilgt sind. Mit dem Tode des Pupillen oder Minor erlischt es nicht, sondern es geht auf seine Erben über.

Die gesetzliche Hypothek, welche den Pupillen an dem Vermögen des Vormundes zusteht, gebührt ihnen auch dann, wenn es die Mutter ist, welche die Vormundschaft führt. Die Kaiser Theodosius der J. und Valentinian III. haben hier nun das Besondere verordnet, daß, wenn eine Mutter zur andern Ehe schreitet, ehe denn sie dafür gesorgt hat, daß den Kindern ein andrer Vormund bestellt werde, und ehe denn sie dasjenige ausbezahlt hat, was die Kinder von ihr aus der Verwaltung der Tutel zu fordern haben, nicht nur ihr eignes Vermögen verhaftet bleiben, sondern die Hypothek der Kinder sich auch auf das Vermögen des zweiten Mannes erstrecken soll. Daher haben die Pupillen nun auch ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Stiefvaters, und zwar wegen desjenigen, was sie von der Mutter aus der

26) Arg. l. 15. C. de excus. tut. L. 1. §. 1. D. L. 6. C. de admin. tut. *Hofacker* l. c. §. 1183.

Tutel zu fordern haben und schon damals zu fordern hatten, als die Mutter zur zweiten Ehe schritt [27]).

Das Pfandrecht, was den Pupillen und Minderjährigen zusteht, ist durch Usualinterpretation auf Städte und Kirchen ausgedehnt, so daß diese ein allgemeines Pfandrecht an den Gütern ihrer Verwalter genießen, wegen Forderungen, die aus der Verwaltung herrühren [28]).

VII) Endlich hat Justinian auch den Legatarien, so wie denjenigen, denen ein fideicommissum singulare hinterlassen ist, in der L. 1. §. 1. C. Communia de legatis zur Sicherheit der Prästation des Vermächtnisses u. s. w. eine Hypothek beigelegt, und zwar an den Gütern, die vom Erblasser demjenigen hinterlassen sind, dem er die Prästation des Vermächtnisses aufgelegt hat, sey es der Erbe, Legatar oder Fideicommissar.

Diese Hypothek, welche von Zeit des Todes des Testators ihren Anfang nimmt, afficirt nicht 1) die bestimmte Sache selbst, die dem Legatar etwa hinterlassen ist, deren Eigenthum er vielmehr erworben hat, auch 2) nicht diejenige species, die einem Dritten vermacht ist [29]), und 3) nicht die eignen Güter desjenigen, dem die Prästation des Vermächtnisses zur Pflicht gemacht ist. Die Hypothek des Legatarii ist auch nicht von der Art, daß der Legatar vermöge derselben einen Vorzug vor den Gläubigern des Verstorbenen begehren könnte, denen er vielmehr nachstehen muß, da Legate nicht eher zu prästiren sind, als bis alle Gläubiger des Verstorbenen befriedigt worden, sondern er kann vermöge derselben nur einen Vorzug vor den eignen Gläubigern des-

27) L. 2. C. quando mulier tutor. off. fung. L. 6. C. in quibus causis pignus. L. 8. §. 4. C. de sec. nuptiis.

28) *Leyser* spec. 229.

29) *Hellfeld* Jurispr. for. §. 1088.

jenigen, der mit dem Vermächtniß beschwert ist, begehren, jedoch bloß in Ansehung derjenigen Güter, die von dem Verstorbenen an diesen gelangt sind. Denn was die eignen Güter desselben betrifft, hat er vor den eignen Gläubigern desselben keinen Vorzug, sondern concurrirt mit creditoribus chirographariis simplicibus, wozu er quasi ex contractu aditionis hereditatis gehört [30]).

Das Pfandrecht, was sonst und der Regel nach untheilbar ist, hat hier das scheinbar Eigenthümliche, daß, wenn etwa das Legat von der ganzen Erbschaft hinterlassen ist, und mehrere Miterben vorhanden sind, die Antheile der Einzelnen nur pro rata, nämlich nur in so weit verhaftet sind, als die persönliche Klage gegen sie anwendbar ist [31]).

Da übrigens die Hypothek des Vermächtnißnehmers sich auf diejenigen Güter des Erblassers beschränkt, welche dem Belästigten hinterlassen sind, so ergibt sich daraus die mögliche Nützlichkeit eines dem Legatar im Testament ausdrücklich bestellten Pfandrechts.

Was vom Legatar und demjenigen, dem ein fideicommissum singulare hinterlassen ist, und der ihnen zustehenden Hypothek gesagt ist, gilt auch von demjenigen, dem eine donatio mortis causa zugewandt ist; — in Ansehung des fideicommissi *universalis* steht aber dem Fideicommissar kein Pfandrecht zu [32]).

§. 22.

II. Pignus praetorium.

Das Pignus praetorium entsteht durch die missio in

30) *Voet* tit. in quibus causis pignus §. 21.

31) S. Meine Ausbeute von Nachforschungen, 3. Theil. S. 199 folg.

32) S. Runde a. a. O. §. 26.

bona, d. h. dadurch, daß der Richter Jemanden durch ein Decret in den Besitz der Güter eines Andern einweist, oder, m. a. W. ihm erlaubt, sich selbst darein zu setzen.

Eine solche missio geschieht in folgenden Fällen:

1) *rei servandae causa.* Die missio rei servandae causa findet vorzüglich dann Statt, wenn der Beklagte vor Gericht geladen, de judicio sisti Caution geleistet hat, und aussen bleibt, auch kein Andrer seine Vertheidigung übernimmt [1]), — wenn der Schuldner nicht belangt werden kann, weil er abwesend, z. B. in feindlicher Gefangenschaft oder im Exil, und dabei ohne Vertheidiger ist [2]), — wenn der Schuldner unmündig ist und keinen Vormund hat, oder dieser ihn nicht vor Gericht vertritt, noch sonst Jemand [3]), — wenn der Schuldner ohne Erben verstorben ist, und auch der Fiscus sich mit der Erbschaft nicht befassen will [4]), — wenn es lange Zeit ungewiß ist, ob sich zu der Erbschaft ein Erbe finden wird [5]), — wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt, der Miterbe aber noch überlegt, ob er die Erbschaft antreten oder ausschlagen soll, auch die Deliberationsfrist noch nicht verstrichen ist [6]), — wenn die Gläubiger den Erben nicht für zahlungsfähig halten, und er dem auf Verlangen derselben zu erlassenden richterlichen Befehl, ihnen Sicherheit zu bestellen, nicht Folge leistet [7]), — besonders, wenn der Schuldner sich verborgen hält, um sich seinem Gläubiger oder seinen Gläubigern zu entziehen [8]).

1) L. 2. pr. D. quibus ex causis in possessionem eatur.

2) L. 6. §. 2. D. eod. L. 13. D. h. t.

3) L. 5. D. h. t.

4) L. 5. et L. 6. C. de bonis auctoritate judicis possidendis.

5) L. 8. D. quibus ex causis in poss. eatur.

6) L. 9. §. 7. D. eod.

7) L. 31. D. de rebus auct. jud. poss.

8) L. 7. §. 1. D. quibus ex causis in poss. eatur.

2) *Legatorum s. fideicommissorum servandorum gratia.* Diese missio findet Statt, wenn derjenige, dem ein Legat oder Fideicommiß hinterlassen ist, es noch zur Zeit nicht fordern kann, weil sein Recht von Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig ist, und der Erbe, oder wer sonst mit dem Legat oder Fideicommiß belästigt ist, die Caution nicht leistet, welche wegen der künftigen Ueberlieferung des ihm Zugewandten der Honorirte fordern kann, und der Richter auf sein Verlangen dem Belästigten zur Pflicht gemacht hat. Die Immission findet Statt in die Güter, welche von dem Erblasser auf den Belästigten überkommen sind, sie wird aber auf die eignen Güter des Erben ausgedehnt, wenn er sechs Monate später die verlangte Caution noch immer nicht geleistet hat [9]).

3) *Damni infecti nomine.* Wessen Gebäude den Einsturz und dem Nachbar mit Schaden droht, und der dem Befehl des Richters, wegen des besorglichen Schadens den Nachbar sicher zu stellen, nicht gehorcht, gegen diesen findet die missio damni infecti nomine Statt. Der Nachbar wird in den Besitz des baufälligen Gebäudes gesetzt [10]).

4) *Judicati exequendi gratia.* Diese missio findet Statt gegen denjenigen, welcher, vom Richter zur Zahlung verurtheilt, seinen Gegner nicht befriedigt. Sie setzt voraus, daß das Urtheil in Rechtskraft übergegangen ist [11]).

Die missio rei servandae ist, wie auch schon der Name ergibt, eine auf Sicherstellung des Gläubigers berechnete, oft nur interimistische Maaßregel. Der Besitz des Gläubigers ist bloße Detention, er befindet sich neben demjenigen, gegen

9) L. 6. C. ut in poss. legatorum vel fideicommissorum serv. causa mittatur.

10) L. 7. pr. D. de damn. infect.

11) L. 58. D. de re jud. L. 10. D. qui pot. in pign.

welchen die missio erkannt ist, im Besitz, um für die Erhaltung der Güter wachen zu können. Die Gesetze sagen von ihm: non possidet, est in possessione, custodiae causa [12]). Auf die missio in possessionem kann der Verkauf der Güter folgen, in deren Besitz der missus gesetzt ist, was aber der Regel nach voraussetzt, daß der Schuldner vorsätzlich abwesend oder unvertheidigt ist [13]), oder daß er ohne Erben verstorben ist [14]), und wozu in allen Fällen noch ein besondres, den Verkauf erlaubendes Decret erforderlich zu seyn scheint [15]).

Auch die missio legatorum servandorum gratia gibt, gleich der vorigen, bloße Detention und Mitbesitz der Güter, der Aufsicht wegen [16]), aber kein jus distrahendi; nur solche Sachen, welche dem Verderb ausgesetzt sind, darf der missus verkaufen [17]). Sie soll nicht bloß eine Sicherheitsmaaßregel seyn, welche einstweilen die Stelle der zu leistenden Caution vertritt [18]), sondern zugleich ein Mittel, den Belästigten zu zwingen, die schuldige Caution zu leisten, um der lästigen Aufsicht entledigt zu werden [19]).

12) L. 3. §. fin. D. de poss. L. 10. §. 1. D. eod. L. 3. §. 8. D. Uti poss.

13) L. 6. §. 1. D. quibus ex causis in poss. eatur. L. 21. §. 1. D. Ex quibus causis maj.

14) L. 6. C. de bonis auct. jud. poss.

15) L. ult. §. 1. C. eod., auch L. penult. C. eod.

16) L. 10. §. 1. D. de poss. L. 12. D. quibus ex causis in poss. eatur.

17) L. 27. D, de reb. auct. jud. poss.

18) *L. 5. §. 1. D. Ut legator. serv. causa caveatur* — — legatario — — *vicaria* custodiae gratia possessio datur.

19) *L. 5. pr. D. ut in poss. legator vel fideicommiss. causa esse liceat.* Is, cui legatorum fideive commissorum nomine cavetur, missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur, neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur, *ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.*

Die missio damni infecti nomine ist doppelt. Die erste oder die missio ex primo decreto gibt, gleich den vorigen Arten der missio, Detention, Mitbesitz, Aufsicht [20]), und wenn der Eigenthümer des baufälligen Gebäudes fortwährend unterläßt, die verlangte Caution zu leisten, gibt die folgende oder die missio ex secundo decreto wahren und ausschliessenden Besitz mit conditio usucapiendi oder prätorisches Eigenthum [21]). Die gewöhnliche Theorie nimmt auch bei den andern Arten eine doppelte missio an, wovon die erste Detention, die zweite wahren Besitz und jus distrahendi zuwege bringt. Allein, die Gesetze selbst kennen nur bei der missio damni infecti nomine eine doppelte *missio*, wiewohl bei der missio rei servandae gratia ein doppeltes Decret vorkommen kann, wovon das erste Detention, das zweite nicht wahren Besitz, wie bei der missio damni infecti nomine ex secundo decreto, sondern facultatem distrahendi verschafft [22]).

Die missio judicati exequendi gratia ist ein Executionsmittel. Zur Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils werden dem Besiegten auf Befehl des Gerichts [23]) bewegliche Sachen durch den Executor abgenommen [24]), und wird der Sieger in den Besitz unbeweglicher Sachen des Schuldners

20) L. 7. pr. et L. 13. §. 21. D. de damno infecto.

21) L. 15. §. 16 et 23. D. eod.

22) *J. H. Boehmer* Jus eccles. Prot. lib. II. tit. 15. §. 2. 6. 8. *Voet* ad D. lib. 42. tit. 5. n. 1. Böhmer nimmt aber an, daß gegen einen Schuldner, der sich, um seinen Gläubigern zu entgehen, versteckt hält, die erkannte missio, neben dem Recht zum Verkauf, gleich Anfangs wahren Besitz gibt, wegen des im Edict des Prätors vorkommenden Worts: *possidere* (L. 7. §. 1. D. quibus ex causis in poss. eatur). So auch Thibaut über Besitz §. 9. Note 3. S. dagegen von Savigny Recht des Besitzes, fünfte Auflage S. 283. Note 2.

23) L. 1. C. Si in causa judicati.

25) L. 5. C. quorum app. non recip.

eingesetzt. Der Besitz des Gläubigers scheint auch bei dieser Art der missio bloße Detention zu seyn [25]). Von dieser missio heißt es in den Schriften der heutigen Rechtsgelehrten, so wie in den Proceßordnungen einzelner Länder, sie habe vim secundi decreti, d. h. es kann zum Verkauf geschritten werden. Den Verkauf bewerkstelligt aber nicht der Sieger, sondern der vollziehende Richter [26]).

Durch jede der angeführten Arten der missio entsteht ein prätorisches Pfandrecht [27]), bald mit, bald ohne jus distrahendi. Namentlich ist auch die missio legatorum servandorum gratia von der Art, daß durch sie ein Pfandrecht entsteht [28]). Bei der missio damni infecti nomine kann jedoch nur durch die missio ex primo decreto ein Pfandrecht entstehen, wohingegen durch die missio ex secundo decreto das entstandene durch das prätorische Eigenthum absorbirt wird. Das Pfandrecht, was durch die missio judicati exequendi gratia entsteht, wird in den Gesetzen pignus, quod in causa judicati capitur [29]), in den Schriften der Rechtsgelehrten aber pignus judiciale genannt, und vom pignore praetorio im engern Sinn, was durch die übrigen Arten der missio

25) L. 1. C. Si in causa judicati.

26) L. 2. C. Si in causa judicati.

27) *L.* 26. *D. de pign. act.* Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit.

28) L. 3. C. *Ut in poss. legator.* Si postquam servandi legati seu fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio aut venditio ab herede intervenerit: praecedere causam tuam, quam jure praetorio velut pignus habuisti, manifestum est. *L.* 5. *C. eod.* Qui legati sive fideicommissi causa in possessionem mittuntur, non proprietatem nanciscuntur, sed jus pignoris. Ut autem et post receptum pignus satisfiat defuncti voluntati, competens judex te adeunte providebit.

29) L. 10. D. qui pot. in pign. L. 1. 2. 3. C. Si in causa judicati.

entsteht, unterschieden. Pignus praetorium im engern Sinn ist dann dasjenige, was durch eine richterliche Verfügung entsteht, der keine Definitivsentenz vorhergegangen, pignus judiciale hingegen dasjenige, was durch ein richterliches Decret nach der Definitivsentenz entsteht.

Es ist aber zu bemerken, was Ulpian lehrt: Soll durch die missio überhaupt ein Pfandrecht werden, so wird immer vorausgesetzt, daß derjenige, dem durch das richterliche Decret der Besitz zugetheilt ward, in Folge desselben wirklich zum Besitz gelangt ist. Sciendum est, heißt es in der *L.* 26. §. 1. *D. de pign. act.*, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, *nisi ventum fuerit in possessionem* [30]). Daher entsteht denn auch bei der missio judicati exequendi gratia das Pfandrecht nicht anders und nicht eher, als bis zur Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils dem Besiegten bewegliche Sachen abgenommen und bei unbeweglichen eine actuelle Immission von Gerichtswegen vor sich gegangen ist. Das bloße richterliche Decret wegen der Abpfändung oder Immission ist dazu nicht hinlänglich [31]).

Wird der missus im Besitz gestört, oder des Besitzes entsetzt, so steht ihm ein eignes Interdict zu, was von pos-

30) Ob derjenige, welcher von Jemanden gehindert wird, Besitz ergreifen zu können, als Besitzer anzusehen und ihm ein Pfandrecht beizulegen sey? — Godefroi leitet aus der L. 13. D. de rebus auct. jud. poss. die Regel ab: Impeditus immitti pro immisso habetur. Allein, daß eine solche Regel in dieser Stelle nicht zu finden, und wie sie eigentlich zu verstehen sey, zeigt Pufendorf in den Obs. jur. un. tom. III. obs. 61. §§. 4 et 5.

31) L. 2. 3. 4. C. qui pot. in pign. *PUFENDORF* obs. jur. un. tom. III. obs. 61. Nur bei persönlichen Klagen kann ein pignus judiciale auf solche Art entstehen. Bei dinglichen wird die erstrittene Sache dem Sieger durch Hülfe des Gerichts zugestellt, und von einem Pfandrecht kann die Rede nicht seyn. §. 23. J. de off. jud. L. 68. D. de rei vindicatione.

sessorischen verschieden und selbst vortheilhafter ist, als diese [32]). Auch hat ihm, wenn er den Besitz verloren hat, zur Wiedererlangung desselben Justinian in der L. 2. C. de praetorio pignore, gleich jedem andern Pfandgläubiger, die actio hypothecaria beigelegt. (Zwar, der Kaiser bedient sich hier nicht grade des Ausdrucks: actio hypothecaria; er sagt nur, er finde es billig, *et in praetorio pignore dare recuperationem creditori.*)

Die missio, wodurch nach römischem Recht ein pignus praetorium entsteht, kömmt in Deutschland hauptsächlich nur beim Concurse der Gläubiger und als Executionsmittel vor. Als Mittel gegen den Ungehorsam des Beklagten vor der Litiscontestation, wie das canonische Recht sie kennt [33]), ist sie durch den Reichsabschied von 1654. §. 35. abgeschafft.

32) Dig. lib. 43. tit. 4. Ne vis fiat ei, qui in poss. missus est. v. Savigny a. a. O. S. 283.

33) Cap. 3 et 5. §. 6. 7. 8. X. Ut lite non contestata etc.

Dritter Abschnitt.

Von den Wirkungen der Verpfändung.

§. 23.

Rechte des Pfandschuldners.

Der Schuldner bleibt, des einem Andern daran zustehenden Pfandrechts ungeachtet, Eigenthümer seiner Sache. Daher ist Gewinn oder Verlust, der die Sache trifft, der seinige [1]). Daher darf er die Sache gebrauchen und die Früchte davon beziehen, vorausgesetzt, daß er und nicht der Gläubiger die Sache besitzt [2]). Auf allen Fall kommen ihm die Früchte seiner Sache zu gute [3]).

Als Eigenthümer hat er auch das Recht, die verpfändete Sache zu veräussern. Die Veräusserung ist dem Gläubiger nicht nachtheilig, sie geschieht unbeschadet seines Rechts, und die Sache geht mit der Last des ihr anklebenden Pfandrechts auf den neuen Erwerber über, es bedarf daher auch seiner Einwilligung nicht [4]).

Das jus alienandi, was dem Schuldner, als Eigenthümer seiner Sache, zusteht, fällt weg, 1) wenn der Schuldner

1) L. 21. §. 2. D. de pign.
2) L. 35. §. 1. D. de pign. act.
3) L. 21. §. 2. D. de pign. L. 1 et 3. C. de pign. act.
4) L. 12. C. de distr. pign. L. 10. C. de remiss. pign. L. 15. C. de pign.

dem Gläubiger versprochen hat, daß er die verpfändete Sache nicht veräussern wolle. Das pactum: Ne liceat debitori, pignus vendere s. hypothecam bewirkt, daß die dennoch geschehene Veräusserung ipso jure ungültig ist [5]). Ausserdem soll es 2) auch wegfallen, wenn von einer besonders verpfändeten beweglichen Sache die Rede ist, die der Schuldner verkaufen will. — Die Gesetze der Pandecten L. 19. §. 6. D. de furtis. L. 66. pr. D. eod. ergeben: der Gläubiger, welcher eine besonders verpfändete Sache verkauft, begeht ein furtum. Ein furtum rei ipsius kann es nicht seyn, da der Schuldner Eigenthümer ist. Auch ein furtum possessionis ist nicht gemeint, da es nicht darauf ankommen soll, ob der Gläubiger sich im Besitz befand oder nicht; von einem furto usus kann vollends die Rede nicht seyn. Es wird also hier, wie in einigen andern Fällen [6]), ein Factum als Diebstahl behandelt, was eigentlich kein solcher ist. Daher kann auch nicht angenommen werden, daß das Gesetz nur von besonders verpfändeten beweglichen Sachen zu verstehen sey, wie man aus dem Worte furtum schließt. Aber gleichviel. Die Gesetze lassen nicht ersehen, daß dies sogenannte Furtum auf die Gültigkeit des Geschäfts der Veräusserung von Einfluß sey, und daß die specielle Hypothek, womit die veräusserte

5) *L.* 7. §. 2. *D. de distr. pign.* Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat *debitori* hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita ideoque veniri possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Diese Stelle und besonders die Worte: an pactio nulla sit talis, *quasi contra jus sit posita*, liefert grade den Beweis, daß dem Schuldner das jus alienandi der Regel nach zustehe, wiewohl sie zu diesem Zweck nicht benutzt wird. Die Stellen, die man dafür anführt, L. 12. C. de distr. pign. L. 10. C. de remiss. pign. L. 15. C. de pign., handeln eigentlich nur von den Folgen der geschehenen Veräusserung.

6) Weber zu Höpfner's Com. §. 1019. Note 2.

Sache behaftet ist, den Uebergang des Eigenthums hindern sollte. Vielmehr scheint grade die L. 12. C. de distr. pign., welche lehrt, das Eigenthum gehe, der Verpfändung ungeachtet, auf den Käufer über, von einem speciell verpfändeten Object zu handeln [7]).

Von dem Grundsatz: die Veräusserung geschieht salvo jure pignoris, findet eine Ausnahme Statt bei einem verpfändeten Laden. Die einzelnen Waaren, welche daraus verkauft werdrn, sind dem Pfandnexus nicht weiter unterworfen [8]). Mit Andern hat Hellfeld [9]) hierin sogar eine allgemeine Regel finden wollen, die auf eine jede universitas rerum anwendbar wäre. Allein, es ist sehr bedenklich, was von dem verpfändeten Laden gilt, auf jede andre universitas auszudehnen, da es ohnehin schon eine Abweichung von der Regel ist, wenn es in die Macht des Schuldners gegeben wird, durch Veräusserung das Pfandrecht aufzuheben, und beim verpfändeten Laden der besondre Grund eintritt, daß die Sachen, welche hier den Gegenstand des Pfandrechts ausmachen, feil und zum Verkauf bestimmt sind, — daß der Schuldner vom Verkauf ein Gewerbe macht, daß der Gläubiger dies weiß, und also nicht darauf rechnen kann, an den einzelnen Waaren seine Sicherheit zu haben. Ja, es ist selbst beim verpfändeten Laden die angeführte Ausnahme nicht über jeden Zweifel erhaben. —

Eine Abweichung von der Regel, daß der Schuldner durch einseitige Handlungen das Pfandrecht des Gläubigers

7) S. auch Bachov (de pign. lib. 3. cap. I. n. 2 et 3.), welcher gleichfalls der Meinung ist, daß der Gläubiger, welcher eine speciell verpfändete Sache veräussert, das Eigenthum übertrage, obgleich von ihm gesagt wird, er begehe ein furtum.

8) L. 34. pr. D. de pign. *Leyser* spec. 224. med. 6.

9) Jurispr. for. §. 1080.

nicht aufheben könne, war es bei den Römern, was in favorem libertatis also eingeführt worden, daß nämlich der Schuldner in der allgemeinen Verpfändung begriffene Sclaven freilassen durfte, daß diese wirklich ihre Freiheit erlangten und folglich kein Pfandrecht weiter an ihnen haften konnte [10]). —

Dem Schuldner steht als Eigenthümer, der Verpfändung ungeachtet, auser dem Veräusserungsrecht, auch die Befugniß zu, die verpfändete Sache zu vindiciren. Das Vindicationsrecht steht nicht nur ihm, sondern auch demjenigen zu, an welchen er sein Eigenthum übertragen hat. Der neue Eigenthümer kann die Sache selbst gegen den Gläubiger vindiciren, doch mit Erfolg nur dann, wenn er den unbefriedigten befriedigt [11]). Es ist kein Zweifel, daß, unter dieser Voraussetzung, auch der Schuldner selbst gegen den Gläubiger das Vindicationsrecht mit Erfolg ausüben könne. Denn die bloße Veränderung der Person des Eigenthümers kann keinen Unterschied begründen. Westphal [12]) behauptet sogar, der Schuldner selbst könne die verpfändete, doch nicht durch den contractus pignoratitius zum Pfande übergebene Sache vom Gläubiger vindiciren, auch ohne ihn zu befriedigen, weil bei bloßen Hypotheken der Schuldner kein Recht habe auf den Besitz. Eine, wenigstens in ihrer Allgemeinheit, irrige Behauptung, welche schon durch die L. 9. C. de pign. widerlegt wird. Sie spricht grade von dem

10) L. 3. C. de servo pignori dato manumisso.

11) *L. 9. C. de pign.* Si dominium ejus possessionis, quae pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor vel ejus heredes detinere coeperunt: vindica eam rem Praeside provinciae curante, ut, fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur.

12) Im Pfandrecht §. 15. Note 29.

Fall, wo Pfandrecht ohne Besitz eingeräumt war, den der Gläubiger erst in der Folge erlangte, und hätte der Schuldner das Recht, in einem solchen Fall den Besitz abzufordern, ohne den Gläubiger zu befriedigen, so würde auch dem neuen Erwerber der Sache eben ein solches Recht nicht versagt seyn.

§. 24.

Von den Wirkungen der Verpfändung in Beziehung auf den Gläubiger; — I) Rechte desselben und zwar 1) dingliches Recht, insbesondere vom Recht des Gläubigers, die Sache zu besitzen, und vom Retentionsrecht.

Ist dem Gläubiger durch Vertrag, Gesetz u. s. w. eine Sache des Schuldners zu seiner Sicherheit angewiesen, so hat er ein Recht an dieser Sache selbst; die Sache selbst ist ihm verhaftet zum Zweck seiner Befriedigung, und dieses Recht begreift im Allgemeinen folgende beide Rechte unter sich:

1) das Recht, die Sache zu besitzen, und daher auch das Recht, sie von jedem Besitzer abzufordern, und wenn er den Besitz erlangt hat, ihn bis zu seiner Befriedigung fortzusetzen; und

2) das Recht, die Sache zum Zweck seiner Befriedigung zu verkaufen.

Daß der Gläubiger ein Recht habe, die verpfändete Sache zu besitzen, wird unter den Aeusserungen des Pfandrechts aufzuführen immer vergessen, und doch liefert schon die bloße Existenz der auf Abforderung des Besitzes gerichteten Klagen, als die Wirkung des Rechts, den hinlänglichen Beweis davon. Das Retentionsrecht ist auch nur eine Folge des Rechts zu besitzen, und es unter den Wirkungen des Pfandrechts auf-

führen, ohne zuvor des Rechts, worauf es beruht, zu erwähnen — heißt mit der Thür in's Haus fallen.

Das Recht, zu besitzen, was dem Gläubiger zusteht, ist ebenso gut begründet, es mag dem Gläubiger die Sache zum Pfande hingegeben, oder ohne Uebergabe der Sache das Pfandrecht constituirt seyn; es ist nicht die Wirkung des contractus pignoratitii, sondern die Wirkung des Pfandrechts, ohne Rücksicht auf die Art seiner Entstehung. Nur ist die Erlangung des Besitzes bei Hypotheken (nicht aber die Wiedererlangung desselben bei Faustpfändern) durch die mora des Schuldners bedingt, wie sich dies weiter unten bei Gelegenheit der actio hypothecaria ergeben wird. Der Gläubiger darf sich auch nicht eigenmächtig in den Besitz des Pfandes setzen, sondern ihm gebührt es, eine auf Erlangung des Besitzes gerichtete Klage, namentlich die actio hypothecaria anzustellen, und durch den Richter zum Besitz zu gelangen. Selbst die Vereinbarung zwischen dem Schuldner und Gläubiger, wonach es dem Letztern erlaubt seyn soll, sich bei ausbleibender Zahlung ohne Uebergabe in den Besitz zu setzen, ist ohne Wirkung, wenn der Schuldner zu der Zeit, wo der Gläubiger von dieser im Voraus ertheilten Erlaubniß Gebrauch machen will, mit verändertem Willen dem Vorhaben des Gläubigers widerspricht, oder sich ihm gar widersetzt [1]).

Indem dem Gläubiger das Recht zusteht, die Sache zu besitzen, ist damit, wie gesagt, zugleich von selbst der Satz ausgesprochen, daß ihm das Recht zustehe, wenn er den Besitz erlangt hat, diesen Besitz fortzusetzen, bis er befriedigt und sein Pfandrecht erloschen ist. Das Retentionsrecht des Gläubigers, was mit dem Pfandrecht verbunden die Rechtsgelehrten

1) L. pen. C. de pign. act. L. 3. C. de pign.

ten ein qualificirtes nennen, setzt, wie das Retentionsrecht überhaupt, einen fehlerlos erlangten Besitz und eine gültig geschehene Verpfändung voraus [2]). Es entspringt nicht aus dem contractus pignoratitius, sondern aus dem Recht, zu besitzen, und da dies mit jedem Pfandrecht verbunden ist, so läßt es sich auf den Fall eines durch den contractus pignoratitius erworbenen Besitzes nicht einschränken. Auch demjenigen, der ursprünglich eine Hypothek oder Pfandrecht ohne begleitenden Besitz erworben hat, steht das Retentionsrecht zu, sobald er den Besitz der Sache wirklich erlangt hat.

Ja, es ist sonderbar, es gibt gesetzliche Pfandrechte, derentwegen die Gesetze dem Gläubiger ein Retentionsrecht beilegen, obgleich er sich nicht im Besitz der Sache befindet. Dahin gehört die Hypothek des Vermiethers an den invectis et illatis des Miethsmanns. Man kann nicht sagen, daß der Eigenthümer des Hauses die Sachen besitze, welche der Miethsmann in die gemiethete Wohnung eingebracht hat, vielmehr besitzt sie der Miethsmann nach wie vor, wie unter andern das dem Miethsmann zustehende interdictum de migrando, ein interdictum retinendae possessionis und Art von interdictum: utrubi, beweist; und doch verordnen die Gesetze, daß dem Eigenthümer das Recht zustehe, wegen nicht bezahlten Miethzinses, dergleichen Sachen zurückzubehalten [3]); und versagen dem Miethsmann das Interdict, so lange der Miethszins nicht bezahlt ist [4]). Da aber die Fortsetzung eines Besitzes ohne Anfang nicht möglich ist, so kann dies immer kein eigentliches Retentionsrecht genannt werden. Der Eigenthümer hat ein Recht, den Miethsmann zu hindern, die einge-

2) L. 25. D. de pign.

3) L. 33. et L. 34. D. de damno infecto. L. 9. D. in quibus causis pignus.

4) L. 1. pr. §. 1 et 4. D. de migrando.

brachten Sachen mit hinwegzunehmen, bis er des Miethsgeldes wegen befriedigt ist, und dies Recht wird in den Gesetzen durch retinere und retentio ausgedrückt. Auf ähnliche Art ist das Retentionsrecht der Frau an den Gütern ihres Mannes, wegen des Brautschatzes, zu erklären, an welchen sie doch auch keinen Besitz hat [5]).

Das Retentionsrecht, was dem Pfandgläubiger zusteht, fällt weg, sobald der Gläubiger der Forderung wegen, derentwegen ihm das Pfandrecht zusteht, befriedigt ist und überhaupt, sobald mit dem Pfandrecht auch das Recht, die Sache zu besitzen, aufgehört hat, und also das Fundament dieses Rechts weggefallen ist.

Allein, vermöge einer besondern gesetzlichen Bestimmung ist der Gläubiger befugt, obgleich die Forderung, derentwegen ihm das Pfandrecht zustand, getilgt ist, die Sache dem Schuldner noch ferner vorzuenthalten, wenn er noch ausserdem etwas zu fordern hat, wofür ihm kein Pfandrecht (oder doch kein Pfandrecht an dieser Sache) zusteht. Der Sitz dieser Verordnung ist ein Rescript des Kaisers Gordian, enthalten in der L. un. C. Etiam ob chirograph. pecuniam pignus teneri posse. Es heißt daselbst:

> At si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerunt, quam mutuam simpliciter acceperunt.

Bei allem dem hört doch auch in diesem Fall das vorige

5) L. 29. C. de jure dotium.

Retentionsrecht, das Retentionsrecht, was aus dem Pfandrecht entspringt, auf, und dem Gläubiger steht ein neues Retentionsrecht, aus einem neuen Fundament, es steht ihm immediate ex lege zu; und wie das vorige Retentionsrecht ein qualificirtes war, so ist das neue ein jus retentionis simplex. Da nun zwar mit dem Pfandrecht das jus distrahendi verbunden ist, aber nicht mit dem bloßen Retentionsrecht, so ist es dem Gläubiger nicht erlaubt, wegen solcher Forderungen, derentwegen er dem Schuldner die Sache vorenthalten darf, derentwegen ihm aber kein Pfandrecht zusteht, die Sache zum Verkauf zu bringen [6]).

Wenn die Schuld getilgt ist, wofür die Sache verpfändet ward, so erlischt das Pfandrecht [7]) und der Gläubiger ist nicht berechtigt, dem Schuldner die Sache auch nur einen Augenblick länger vorzuenthalten. Er müßte vielmehr nach der Regel des Rechts eine Sache, die er nicht länger zu besitzen befugt ist, dem Gläubiger unverzüglich zurückgeben, und könnte sich nicht darauf berufen, daß ihm noch andre Forderungen zustehen, derentwegen ihm die Sache nicht verpfändet ist. Allein, aus Gründen einer, nach der Ansicht des römischen Rechts hier vorhandenen — übrigens schwer zu erkennenden — Billigkeit, wird in der s. g. *Constitutio Gordiani* von der Regel des strengen Rechts abgewichen, und der Schuldner kann den klagenden Gläubiger mit der exceptio doli zurückweisen, wenn er das Pfand zurückfordert, ohne ihn wegen seiner übrigen Forderungen zugleich zu befriedigen. Diese s. g. Constitutio Gordiani stellt wol eben keinen neuen Rechtssatz auf, sondern wendet nur allgemeine Grundsätze des römischen Rechts auf einen besondern Fall an. Da man indessen

6) *Bachov* de pign. lib. 3. cap. 5. nr. 1. *G. L. Boehmer* diss. de jure retentionis, §. 17. in Electis jur. civ. tom. II. Ex. 13.

7) L. 5. D. quibus modis pign.

nicht wissen kann, wie weit sich die Billigkeit, die für den Besitzer und Gläubiger sprechen soll, nach der Ansicht des römischen Rechts erstreckt, auch hier doch immer eine Abweichung von der Regel des strengen Rechts gegeben ist, so scheint es, man gehe am sichersten, wenn man — bei den Worten des Gesetzes stehen bleibt. Darnach steht das Recht, die verpfändete Sache zurückzubehalten, nur demjenigen zu, dem die Sache durch Vertrag, nicht aber demjenigen, welchem die Sache z. B. durch's Gesetz verpfändet ist [8]), auch nicht, kann man wol hinzusetzen, wegen jeder andern Forderung, sondern nur, wenn diese andre Forderung — ein Darlehn ist. Indessen, auf der andern Seite, scheinen die Worte, welche der oben angeführten Stelle zunächst vorhergehen, so wie die Ueberschrift des Titels, eine allgemeine Auslegung zu rechtfertigen.

Zu der Meinung, welche Einige hegen, als setze die Befugniß des Gläubigers, das Pfand wegen andrer Forderungen zurückzubehalten, voraus, daß ihm die Sache zum Pfande übergeben sey, gibt wenigstens die s. g. Constitutio Gordiani keine Veranlassung. Denn sie spricht allgemein; sie redet von denjenigen Schuldnern, welche gewisse Güter verpfändet haben, ohne zu unterscheiden, ob dies durch contractus pignoratitius oder pactum hypothecae geschehen ist. Wer ursprünglich Pfandrecht ohne Besitz erwarb und in der Folge zum Besitz gelangt ist, wird allerdings berechtigt seyn, dem Schuldner, welcher die Pfandschuld getilgt hat, die Sache vorzuenthalten, wenn er noch ausserdem Forderungen ohne Pfandrecht an ihn zu machen hat. Aber das versteht sich, er muß in der Folge zum Besitz gelangt seyn, und sich schon zu der Zeit im Besitz befunden haben, als die Schuld getilgt

8) S. *Mev.* Dec. P. 2. dec. 114.

ward, derentwegen ihm das Pfandrecht zustand. Das Gesetz erfordert ausdrücklich: der Gläubiger muß sich zu der Zeit, wo die Pfandschuld getilgt wird, im Besitz befinden, um dieses beneficii der Retention wegen andrer Forderungen theilhaft zu werden, wie gleich die Anfangsworte unsrer Stelle ergeben. Der Gläubiger kann wegen andrer Forderungen den Besitz fortsetzen, er kann ihn aber derentwegen nicht anfangen; ihm steht, nachdem die Pfandschuld erloschen ist, eine Einrede, die exceptio doli zu, wodurch das Retentionsrecht überhaupt geltend gemacht wird, aber keine Klage; denn die actio hypothecaria setzt ein fortdauerndes Pfandrecht voraus. Und in diesem Sinne haben diejenigen, welche behaupten, das Retentionsrecht wegen andrer Forderungen finde bei einer bloßen Hypothek nicht Statt, und unter ihnen wenigstens Crell [9]), wie es scheint, nur verstanden seyn wollen [10]).

§. 25.

Vom Recht des Gläubigers, das Pfand zu verkaufen.

Dem Gläubiger steht ferner das Recht zu, die verpfändete Sache, zum Zweck seiner Befriedigung, verkaufen zu dürfen. In diesem Verkaufsrecht besteht die Sicherheit des Gläubigers grade hauptsächlich, und ohne selbiges würde das Pfandrecht dem Gläubiger wenig Nutzen gewähren, ja es würde selbst nicht für ein wahres Pfandrecht zu halten seyn. Vielmehr gehört das Verkaufsrecht zum Wesen des Pfandrechts.

9) De retentione hypothecae ob novum debitum non permissa, §. 3. in ejus Diss. et Program. fasc. IX. obs. 77.

10) Von Quistorp a. a. O. gilt dies nicht. Er sagt: Ja, einige gehen so weit, daß sie selbst einem bloßen hypothecarischen, dabei aber im Besitz der Hypothek sich befindenden Gläubiger gestatten, sein jus nudae hypothecae auch wegen neuer oder anderweitiger Forderungen auszuüben. — Diese Meinung wird hernach von ihm verworfen.

Dieser Behauptung scheint nun aber die Natur des prätorischen Pfandrechts entgegenzustehen. Denn gehörte das Verkaufsrecht zum Wesen des Pfandrechts, wie könnte es jemals abwesend seyn? und doch erhellet aus demjenigen, was vom prätorischen Pfandrecht gesagt ist, daß mit dem prätorischen Pfandrecht das jus distrahendi nicht immer verbunden sey. Allein, es tritt hier der besondre Umstand ein, daß dies prätorische Pfandrecht mehr nur für ein bloßes Analogon des Pfandrechts zu halten ist [1]). — Daß es mit dem prätorischen Pfandrecht eine eigne Bewandniß habe, und die römischen Juristen es für kein echtes Pfandrecht gelten lassen wollten, geht auch aus dem Streit hervor, der unter ihnen darüber herrschte, ob mit demselben eine dingliche Klage zur Wiedererlangung des verlornen Besitzes zu verbinden sey, ein Streit, den Justinian in der L. 2. C. de praetorio pignore entschied. —

Wie das Verkaufsrecht zum Wesen des Pfandrechts gehört, so kann selbst der Vertrag zwischen dem Schuldner und Gläubiger, der Letztere solle das Pfand nicht verkaufen dürfen, den Verkauf an sich nicht hindern. Ein solcher Vertrag bewirkt bloß, daß der Gläubiger erst dann zum Verkauf schreiten darf, wenn er den Schuldner zuvor dreimal zur Zahlung vergebens aufgefordert hatte. Dies lehrt L. 4. D. de pign. act. und die Ausleger setzen hinzu, die dreimaligen Aufforderungen — worunter sie jedoch denunciationes distractionis verstehen — müßten in angemessenen Zwischenräumen auf einander folgen, und es hänge von dem Ermessen des Rich-

1) Deutlich erhellet dies aus der *L. 3. C. Ut in poss. legat.* Si, postquam servandi legati seu fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio aut venditio ab herede intervenerit: praecedere causam tuam, quam jure praetorio *velut* pignus habuisti, manifestum est.

ters ab, zu beurtheilen, ob die wiederholten Aufforderungen in angemessenen Zwischenräumen auf einander gefolgt seyen [2]).

Noch weniger als durch jenen Vertrag, kann der Schuldner durch einseitige Handlungen, z. B. dadurch, daß er den Verkauf von ihm gegebener Pfänder im Testament verbietet, dem Gläubiger das jus distrahendi entziehen, oder ihn an der Ausübung desselben dadurch hindern, daß er, wenn der Gläubiger zum Verkauf schreiten will, dieser Handlung widerspricht; will er den Verkauf mit Erfolg hindern, so muß er dem Gläubiger Zahlung leisten oder ihm die Zahlung anbieten, und wenn er sich weigert, sie anzunehmen, das Geld bei Gericht deponiren; dann erlischt mit der Hauptschuld das Pfandrecht, und in Folge dessen das jus distrahendi. Alles dies würde sich von selbst verstehen, auch wenn die Gesetze es nicht ausdrücklich sagten [3]).

Nicht bloß dem ursprünglichen Gläubiger steht das Verkaufsrecht zu, es mag dies der erste oder zweite seyn, d. h. derjenige, an den der Gläubiger das Pfand weiter verpfändet hat, sondern auch seinem Erben und demjenigen, dem er seine Forderung, und somit auch das Pfandrecht cedirt hat [4]).

Es hängt von dem freien Willen des Gläubigers ab, ob er von seinem Recht, das Pfand zu verkaufen, Gebrauch machen will oder nicht. Selbst dann, wenn das Pfand viel mehr werth ist, als die Schuld, wofür es haftet, und jetzt vortheilhafter verkauft werden kann, als in der Folge, kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, das jus distrahendi auszuüben; in einem solchem Fall bleibt es dem Schuldner überlassen, das Recht, was ihm als Eigenthümer zusteht, die

2) *Donell.* de pign. cap. 12. p. 144. *Vinn.* ad §. 1. J. Quibus alienare licet, nro. 1.

3) L. 1. C. Debitor. vend. pign. imped. non posse. — L. 2. C. eod. L. 8. C. de distr. pign.

4) L. 8. §. 4. D. de pign. act. L. 6. C. de obl. et act.

Sache zu verkaufen, in Anwendung zu bringen, und er hat dabei die Befugniß, den Gläubiger zu nöthigen, den Kaufliebhaber die Sache sehen zu lassen, wenn er zuvor Caution geleistet hat, daß der Gläubiger wegen des etwa daraus für ihn entstehenden Nachtheils entschädigt werden solle [5]).

Es entsteht die Frage: kann der Gläubiger die verpfändete Sache verkaufen, wenn er nicht im Besitz derselben ist, sondern der Schuldner oder ein Dritter? — An und für sich steht dem Gläubiger das jus distrahendi zu, er mag sich im Besitz des Pfandes befinden oder nicht, denn das jus distrahendi entspringt aus dem Pfandrecht, nicht aus dem Besitz der verpfändeten Sache, und noch weniger aus dem contractus pignoratitius. Dies kann keinen Zweifel leiden. Aber etwas andres ist das Recht, etwas andres die Ausübuug desselben, und also wollen wir weiter fragen: kann der Gläubiger von dem jure distrahendi Gebrauch machen, wenn er sich nicht im Besitz des Pfandes befindet? — Fast alle schweigen davon, und die davon reden, als Wesembeck [6]), Bachov [7]), Vinnius [8]), Westphal [9]), nehmen [nicht Anstand, zu behaupten, der Gläubiger müsse durch Anstellung der actio hypothecaria sich erst den Besitz der Sache verschaffen, und dann sie verkaufen. Negusan [10]) lehrt jedoch mit andern wenigstens soviel, daß der Gläubiger das Pfand, was im Besitz des Schuldners ist, verkaufen, ja den Käufer sogar in den Besitz setzen könne, und dieser Satz soll durch

5) L. 6. pr. D. de pign. act.
6) Paratitla, de distr. pign. no. 1. et 10.
7) De pign. et hyp. lib. 3. cap. 29. no. 8 et 9.
8) Ad §. 1. J. Quibus alienare licet, nro. 3. in fine.
9) Im Pfandrecht §. 183.
10) De pign. et hyp. p. 2. membr. 3. nr. 81. et p. 6. membr. 1. nr. 18.

die L. 14. C. de distr. pign. bewiesen werden, wo er freilich nicht zu finden ist.

Die Gesetze lehren uns, daß der Gläubiger sowohl das Faustpfand, als die Hypothek verkaufen könne [11]); sie lehren uns, daß es zur Ausübung des juris distrahendi nicht absolut nothwendig sey, daß der Gläubiger sich im Besitz des Pfandes befinde.

L. 13. *D. de distractione pignorum.*

Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

Diese Stelle ist sehr wichtig. An und für sich kann der Gläubiger das jus distrahendi ausüben, er mag die verpfändete Sache besitzen oder nicht. Was aber die Uebergabe betrifft, so kann er diese nur dann bewerkstelligen, wenn er das Pfand, was er verkauft, zugleich auch in Händen hat. Im entgegengesetzten Falle ist er, auf Verlangen des Käufers, verbunden, ihm seine Rechte zu cediren, damit er durch Hülfe der actio hypothecaria sich selbst den Besitz der Sache verschaffe [12]). Klagt er mit dieser Klage gegen den dritten Besitzer, so muß er sich gefallen lassen, daß dieser, welcher gegen den Gläubiger etwa schon durch Verjährung geschützt war, diese Einrede auch ihm entgegenstelle.

L. 12. *D. de diversis temporalibus praescript.*

Creditor, qui praescriptione longae possessionis a possessore pignoris submoveri possit, pignus distraxit. Quaero, an possessori salva sit exceptio adversus emtorem? Paulus respondit, etiam adversus emtorem eandem exceptionem competere.

11) L. 7. pr. D. de distr. pign. L. 3. L. 4. C. eod.

12) L. 66. pr. D. de evict.

Bestätigt diese Stelle des Paulus nicht auf's Neue, daß der Gläubiger das Pfand verkaufen könne, selbst wenn ein Dritter es im Besitz hat?

Es ließe sich auch denken, daß der Gläubiger, nachdem er die Sache verkauft hat, da durch den bloßen Verkauf sein Pfandrecht noch nicht erlischt, durch Anstellung der actio hypothecaria den Besitz vom dritten Besitzer abforderte und darauf die Sache an den Käufer ablieferte.

Kann nun der Gläubiger selbst dann das jus distrahendi ausüben, wenn ein Dritter das Pfand besitzt, wie viel mehr wird er es ausüben können, wenn der Schuldner es in Händen hat; auch wird ja dieser Fall in jener ersten Stelle des Paulus — L. 13. D. de distr. pign. — nicht ausgeschlossen.

Es scheint zwar eine Stelle im Codex entgegen zu stehen.

L. 14. *C. de distr. pign.*

Si in hoc, quod jure tibi debetur, satisfactum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus aditus Praeses provinciae tibi distrahendi facultatem jubebit fieri.

Westphal [13]) erklärt diese Stelle so, es müsse in dem angenommenen Fall der Gläubiger erst die Hypothek auskla-gen, darauf die Vollstreckung der Hülfe daran erlangen und auf solche Art dem Käufer die Adjudication verschaffen. Was hülfe dann aber dem Gläubiger die Erlaubniß, die auch nach Westphal [14]) ihm zustehen soll, das Pfand zu ver-kaufen, auch wenn es sich im Besitz des Schuldners befin-det? Das hieße, dem Gläubiger ein Recht erst geben und gleich darauf nehmen.

13) Im Pfandrecht §. 183. 14) a. a. O.

Die Stelle läßt sich auf andere Art und besser erklären, ohne daß man nöthig hat, einen Sinn hineinzulegen, wozu die Worte der Stelle keine Veranlassung geben.

Um den wahren Sinn der Stelle zu finden, muß man nicht weit darnach suchen; er liegt sehr nahe. Es ist ein Wort in dieser Stelle, dessen die Ausleger nicht geachtet haben, und was sich für die Geringschätzung, die sie ihm bewiesen, an ihnen gerächt hat; denn dieses Wort hätte sie auf die rechte Spur führen können. Das Wort ist — um Euch nicht aufzuhalten, Leser! — kein anderes, als: *tenentibus*. Der Kaiser spricht, wohl gemerkt, nicht von debitoribus *possidentibus*, sondern, wohl gemerkt, von debitoribus *tenentibus*, und die Stelle handelt von solchen Fällen, da der Schuldner, ein bloßer Inhaber, auf den Namen des Gläubigers im Besitz ist.

Namentlich kann es geschehen, daß der Schuldner dem Gläubiger die Sache durch den *contractus pignoratitius* verpfändete, und daß dabei nebenher bedungen ward, der Schuldner solle precario, oder, als Pachter, oder Miethsmann, im Besitz bleiben; in diesem Falle ging der wahre Besitz durch *constitutum* auf den Gläubiger über, während der Schuldner sich aus einem wahren Besitzer in einen bloßen Inhaber, der auf den Namen des Gläubigers besitzt, verwandelte [15]).

15) Wird dem Gläubiger durch den contractus pignoratitius das Pfand übergeben, so hat er wahren Besitz desselben. Nur in Hinsicht auf die Usucapion ist der Schuldner als Besitzer anzusehen; in jeder andern Hinsicht besitzt der Pfandgläubiger. L. 16. D. de usurpation. et usucap. L. 37. D. de pign. act. L. 1. §. 15. D. de poss. L. 36. D. eod. v. Savigny Recht des Besitzes §. 24. S. 294 flgd. Es heißt zwar *L.* 15. §. 2. *D. qui satisdare cogantur.* Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam aut precario debitori concessam. Allein, durch den

Wenn nun der Schuldner bloßer Inhaber des Pfandes, der Gläubiger der wahre Besitzer ist, dann kann der Gläu-

Ausdruck: *Possessor non est*, soll dem Gläubiger keineswegs der Besitz des Pfandes abgesprochen, sondern, wie der Zusammenhang, oder vielmehr die Nachbarschaft, lehrt, bloß angedeutet werden, er sey nicht in dem (technischen) Sinne Besitzer, wie es zum Behuf der Befreiung von der Cautionsleistung erforderlich ist, sey, wie wir sagen würden, nicht angesessen.

Die Stelle der Tradition vertritt es, wenn der Schuldner die Sache pachtet, oder miethet, sie also von jetzt an nur im Namen des Gläubigers besitzen will.

Ob man dasselbe sagen könne, wenn er die Sache *precario* behalten soll, ist zweifelhaft. In der Regel hat derjenige, qui precario rogavit, wahren Besitz, L. 4. §. 1. D. de praecario. L. 10. pr. et §. 1. D. de poss. v. Savigny Recht des Besitzes §. 25. fünfte Auflage S. 305 folg., und daß diese Regel auch hier Anwendung finde, dafür scheint folgende Stelle zu sprechen: *L. 2. C. de distract. pign.* Creditor, qui hypothecae seu pignori rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videtur vendere: quia precario debitor possidet. Indessen behauptet von Savigny, in diesem Falle habe *rogans* bloße Detention; es sey, nach dem Zwecke des ganzen Pfandcontracts, zu vermuthen, daß die Absicht der Contrahenten auf bloße Detention gerichtet gewesen sey. v. Savigny Recht des Besitzes §. 25. am Ende. Allein, die Stelle, die er dafür anführt, — L. 33. §. 6. D. de usurpat. — beweiset diesen Satz nicht. Vielmehr spricht sie von solchen Fällen, da beide Geschäfte — Pacht oder Miethe und Precarium — mit einander verbunden waren, da nämlich der Schuldner die Sache *precario* in Pacht haben sollte. In diesem Fall ist das precarium ein bloßes *accessorium;* die Pacht oder Miethe aber ist das Hauptgeschäft, und daher mußte die Frage, von welcher Art der Besitz des Schuldners sey, dahin entschieden werden, daß dem Gläubiger der Besitz und dem Schuldner und Pächter bloßes Innehaben beizulegen sey. Die Stelle lautet so: Si rem pignori datam creditoris servus subripuerit cum eam creditor possideret, non interpellabitur usucapio debitoris: quia servus dominum suum possessione non subvertit. Sed etsi debitoris servus subripuerit, quamvis creditor possidere desinat, tamen debitori usucapio durat: non secus, ac si eam creditor debitori tradidisset. nam, quantum ad usucapiones attinet, servi, subtrahendo res, non faciunt deteriorem dominorum conditionem. Facilius obtinebitur, si, precario possidente debitore, servus ejus subripuerit: nam conductio idem praestat, quod si apud creditorem res esset: possidet enim hoc casu creditor. Sed et si utrumque inter-

biger das Pfand nicht nur verkaufen, sondern ohne allen Zweifel — und zwar ohne Mitwirkung des Schuldners — es auch übergeben.

Es ist hier eben so, wie wenn der Eigenthümer eine Sache verkauft, die er z. B. verpachtet hat; er kann die verpachtete Sache dem Käufer übergeben, ohne daß es der Mitwirkung des Pächters bedarf, und ohne daß dieser überall gefragt würde; die Uebergabe geschieht ganz auf die gewöhnliche Art, grade eben so, als ob die Sache nicht verpachtet wäre. Legt der Pächter ihr Hindernisse in den Weg, so entsetzt er dadurch den Verpächter und jetzigen Ver-

cesserit et precarii rogatio et conductio: intelligitur creditor possidere. et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat.

Mehr scheint jene, schon oben angeführte L. 15. §. 2. D. qui satisdare cogantur, dafür zu sprechen, die auch v. Savigny unter den Beispielen des constituti dafür anführt. v. Savigny a. a. O. §. 27. S. 331 folg. Allein, sie kann von solchen Fällen verstanden werden, da dem Schuldner bloßes Innehaben eingeräumt ist, indem ihm z. B. die Sache *precario* verpachtet ward. Die Natur der Sache scheint auch entgegen zu stehen. Denn, wenn der Schuldner die Sache precario behalten soll, so scheint die Absicht der Contrahenten dahin zu gehen, daß der Gläubiger einstweilen noch nicht besitzen, mit dem Besitz vor der Hand noch keine Veränderung vor sich gehen soll. Allein, auf der andern Seite sprechen überwiegend folgende Umstände dafür, dem Schuldner bloße Detention auch in diesem Falle beizulegen. 1) Geht das *Precario rogare* und das *Conducere pignus* in dieser Sphäre in Gesellschaft mit einander und beide halten gleichen Schritt. 2) Würde das Geschäft, wenn der Schuldner im Besitz bleiben sollte, ein bloßes pactum hypothecae und kein contractus pignoratitius seyn. Geht nun die Absicht der Contrahenten dahin, einen contractus pignoratitius zu schließen, und wird bloß durch einen Nebenvertrag bedungen, der Schuldner solle die Sache precario besitzen, wie beides hier vorausgesetzt wird, so liegt es schon in der Natur des Geschäfts, daß der Gläubiger besitzen, und der Schuldner nur auf seinen Namen im Besitz seyn soll. S. auch v. Savigny a. a. O. §. 27. C.

käufer des Besitzes, und berechtigt diesen, das Interdictum de vi gegen ihn anzustellen [16]). Ueberhaupt hindert der Umstand, daß die Sache in den Händen eines bloßen Inhabers ist, den (wahren) Besitzer nicht, sie einem Dritten zu übergeben.

Daß diese Grundsätze auch im gegenwärtigen Falle, wo der Ueberlassende nicht Eigenthümer, sondern bloß Besitzer ist, Anwendung finden, kann nicht den geringsten Zweifel leiden. Zum Ueberfluß lehrt Julianus grade in besonderer Beziehung auf Fälle der vorliegenden Art ausdrücklich:

conductio idem praestat, quod si apud creditorem res esset [17]).

Hat also der Gläubiger die Sache dem Schuldner — oder sonst Jemanden — vermiethet oder sie ihm precario zum Besitz überlassen, so ist es noch immer so, als hätte er sie. Der besitzt bekanntlich nach römischem Rechte, in dessen Namen — sit venia verbo — besessen wird. Possidet, cujus nomine possidetur [18]).

Zugleich wird nun auch der Sinn jener Stelle im Codex — L. 14. C. de distract. pign. — nicht länger zweifelhaft seyn. Der vom Gläubiger deshalb angetretene *Praeses provinciae* wird, so schreibt der Kaiser zurück, einen Befehl an den Schuldner erlassen, daß er der Uebergabe des verpfändeten Grundstücks an den Käufer, und somit der facultas distrahendi, keine Hindernisse in den Weg lege.

Es ist nur noch eine Stelle zu erklären übrig, die von den Auslegern ebenfalls mißverstanden ist.

16) L. 12. D. de vi. L. 18. pr. D. eod L. 20. D. de poss. — Meine Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Dritter Theil. Abhandl. 8. S. 217 folg., besonders §. 11.

17) L. 33. §. 6. D. de usurp. et usuc.

18) L. 18. pr. D. de poss.

L. 22. §. 3. *D. de pign. act.*

Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit, vel conduxit pignus, possessionem non restituat: contrario judicio tenetur.

Bachov bedient sich dieser Stelle zum Beweise seiner Behauptung, daß der Gläubiger das Pfand nicht verkaufen könne, wenn er es nicht besitzt. Er argumentirt nämlich so: Muß der Gläubiger selbst dann, wenn der Schuldner das Pfand und dabei auf den Namen des Gläubigers besitzt, das Pfand von diesem abfordern, so muß er es wohl noch vielmehr in dem Falle, wenn der Schuldner es suo nomine, oder wenn es ein Dritter besitzt. Allein, es ist eine falsche Voraussetzung, als ob dem Gläubiger in dem angenommenen Fall die actio pignoratitia contraria zustehen sollte, um vermittelst derselben zum Besitz des Pfandes zu gelangen; dies wird irrig hinzugedacht. Die actio contraria ist hier, wie überall, auf Entschädigung oder auf id quod interest gerichtet. Um zum Besitz der Pfandes zu gelangen, steht dem Gläubiger die actio hypothecaria oder das interdictum Salvianum zu. Doch in diesem Fall bedarf er dieser Klagen nicht; denn er besitzt das Pfand bereits, und wenn der Schuldner ihn des Besitzes entsetzt, so sucht er durch Hülfe des *interdicti: de vi*, zu dem verlornen Besitz, und somit zu der facultas distrahendi, wieder zu gelangen. Auf allen Fall spricht die Stelle nicht von dem, wozu der Gläubiger genöthigt ist, sondern wozu er die Befugniß hat, und dabei gibt sie in den Worten: *Si post distractum pignus*, deutlich zu erkennen, daß besonders auch in diesem Falle die Ausübung des juris distrahendi von dem Umstande, daß der Gläubiger das Pfand besitzt, nicht abhänge.

Wenn aber der Schuldner besitzt, da freilich kann

der Gläubiger dem Käufer nicht geben, was er selbst nicht hat, nämlich Besitz; hingegen wird in diesem Falle der Schuldner verbunden seyn, dem Käufer die Sache zu überliefern, und dieser — der Käufer — wird ihn dazu nöthigen können.

Wir werden nämlich erfahren, daß der Gläubiger beim Verkauf als der Beauftragte des Schuldners anzusehen ist. Da der Käufer aus dem Kaufcontract gegen den Schuldner auf Gewährsleistung klagen kann, da auch der Schuldner daraus klagen kann, wenn etwa durch Nebenverträge etwas zu seinen Gunsten festgesetzt ist, z. B. das Recht, binnen einer gewissen Zeit das Kaufgeld zurückzugeben und seine Sache dagegen zurückzuempfangen [19]), da hier überhaupt die Rechtsgrundsätze Anwendung finden, welche in andern Fällen, wo ein Beauftragter einen Contract geschlossen, gültig sind, wie sollte nicht der Käufer von dem Schuldner fordern können, daß er die Sache, die sein Beauftragter ihm verkauft hat, ihm überliefere? Weigerte er sich dessen, so würde er durch eine von Seiten des Käufers gegen ihn anzustellende Klage dazu genöthigt werden können, die auch gegen den Gläubiger hätte angestellt werden müssen, wenn er das Pfand im Besitz gehabt und die Auslieferung verweigert hätte.

Nicht eher darf der Gläubiger von dem jure distrahendi Gebrauch machen, als bis die Schuld fällig ist. Wenn dann der Schuldner die Bezahlung widerrechtlich verschiebt, so kann der Gläubiger, mag nun die ganze Schuld oder ein noch so geringer Theil rückständig geblieben seyn, das Pfand zum Verkauf bringen [20]), und mithin, statt Klage zu erhe-

ben,

19) L. 13. pr. D. de pign. act. L. 7. pr. et §. 1. D. de distract. pign.

20) L. 6. L. 7. C. de distr. pign.

ben, sich auf diesem Wege zu seiner Befriedigung selbst verhelfen [21]).

21) In der ersten Auflage stand hier, der Schuldner müsse *in mora* seyn. v. Wening-Ingenheim macht die Bemerkung, es bedürfe der mora nicht; es sey genug, daß die Schuld fällig, d. h. klagbar sey; die Gesetze erforderten hier keine mora; wenn mora erforderlich wäre, so würde daraus folgen, daß wir, wenn unser Schuldner durch einen Unglücksfall außer Stand gesetzt würde, zu zahlen, uns nicht an das Pfand halten dürften. S. v. Wening-Ingenheim von der Gültigkeit der Pfandveräusserungen §. 2. (Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, 1r Band, S. 353 ff.) Daß im römischen Recht nirgends ausdrücklich gesagt wird, der Schuldner müsse in mora seyn, würde nicht sonderlich in Betrachtung kommen, da die mora auch durch andere Ausdrücke, als frustratio, improba dilatio, cessatio bezeichnet wird. L. 3. in fine. L. 17. L. 21. D. de usuris. *Brisson* de V. Sign. h. v. Und wirklich kömmt der Ausdruck *solutione cessare* in der L. 7. C. de distr. pign. als Bedingung des juris distrahendi vor. Indessen mag es seyn, daß beide Ausdrücke nicht völlig gleichbedeutend sind. Auf allen Fall haben diejenigen, welche die mora als Bedingung des juris distrahendi aufführen, wohl schwerlich etwas Anderes damit sagen wollen, als daß die Zeit der Zahlung gekommen und vorüber gegangen seyn müsse, ohne daß diese geleistet worden. Wenigstens würde ein bereits geschehener Verkauf deshalb nicht ungültig seyn, wenn der Schuldner zeigen könnte, daß ohne seine Schuld die Zahlung nicht geleistet worden, obwohl sonst Hindernisse, die es dem Schuldner unmöglich machten, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, von der mora und deren Folgen befreien. Meine Ausbeute von Nachforschungen, 1r Theil S. 267. 268. Daß wenigstens meine Meinung nur dahin gegangen sey, erhellet deutlich daraus, daß ich im §. 25. der ersten Auflage, der bei der jetzigen dem Inhalte nach unverändert geblieben, und nur eine andere Zahl erhalten hat, den Verkauf nur dann für ungültig erklärt habe, wenn die Schuld nicht fällig gewesen, oder dem Schuldner Nachsicht gegeben. Um nun nicht um Worte zu streiten, während wir in der Sache einig sind, und etwanige Mißdeutungen zu verhüten, habe ich die Stelle im Text so, wie geschehen, geändert; — — war aber doch sogleich wieder genöthigt, widerrechtliches Verschieben darauf folgen zu lassen. Denn wie, wenn z. B. der Richter, nachdem die Schuld fällig war, Arrest darauf gelegt hätte, würde dann wohl der Gläubiger, der die Zahlung verschoben sieht, befugt seyn, vom jure distrahendi Gebrauch zu machen? Gewiß Niemand würde dies behaupten.

Ist der Schuldner bereit, den Rückstand zu tilgen, es ist aber ungewiß, wieviel der Rückstand beträgt, so kann er verlangen, daß die Größe des Rückstandes durch Verhandlung vor Gericht ausgemittelt werde, und der Gläubiger ist verbunden, den Verkauf einstweilen anstehen zu lassen.

L. 5. *C. de distr. pign.*

Si residuum debiti paratus es solvere, Praeses provinciae dabit tibi arbitrum: apud quem, quantum sit, quod superest ex debito, examinabitur: et sive ad judicem venire adversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad venditionem prosiluerit, improba alienatio proprietatis tuae jus non aufert.

Hatte der Schuldner sich verbindlich gemacht, die Schuld in gewissen Terminen abzutragen, und es ward verabredet, der Gläubiger solle das für die Schuld gegebene Pfand veräussern dürfen, wenn nicht in jedem Termin die bestimmte Summe abgetragen worden, so darf der Gläubiger erst dann zum Verkauf schreiten, wenn alle Termine verstrichen, und der Schuldner mit der ganzen Schuld oder mit einem Theil derselben im Rückstande geblieben ist. Anders ist es, wenn verabredet ward, der Gläubiger solle verkaufen dürfen, wenn an einem der bestimmten Termine mit der Zahlung nicht eingehalten worden. Hieher gehört die L. 8. §. 3. D. de pign. act., wo es heißt:

Si annua, bima, trima die triginta stipulatus, acceperim pignus, pactusque sim, ut, nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret: placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Nec verum est, sua quoque die non solutam pecuniam, antequam

omnes dies venirent. Sed omnibus pensionibus praeteritis, etiam si una portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competit ei pacti conventio.

Die Stelle enthält bloß Regeln für die Auslegung der Nebenverträge dieser Art, die der Verpfändung angehängt sind; sie spricht aber nicht den allgemeinen Satz aus, daß bei jeder auf Termine gesetzten Zahlung der letzte Termin abzuwarten und, bis dieser verstrichen, mit dem Verkauf Anstand zu nehmen sey, falls das Gegentheil nicht verabredet worden, wie Westphal behauptet [22]). Und nicht nur, daß diese Stelle den Satz nicht beweist, so ist er auch nicht einmal für richtig zu halten. Denn wie es nicht zu bezweifeln ist, daß der Gläubiger bei einer auf Termine gesetzten Zahlung nicht nöthig haben würde, den letzten Termin abzuwarten, um klagen zu können, daß er vielmehr befugt seyn würde, sowie ein Termin verstrichen ist, jedesmal die Summe, die in diesem Termin zu bezahlen war, durch Hülfe des Richters beizutreiben, also läßt sich auch nicht füglich daran zweifeln, daß er nicht, statt dessen, berechtigt seyn sollte, durch den Verkauf des Pfandes, was nicht bloß für die Schuld im Ganzen, sondern auch für einzelne Theile derselben ganz haftet, sich zu seiner Befriedigung zu verhelfen. Der Gläubiger darf also nicht bloß wegen des rückständigen letzten Theils, er darf auch wegen des rückständigen ersten Theils der Schuld das Pfand verkaufen. Nur soviel muß man zugeben, daß er nicht befugt sey, sich vor Ablauf des letzten Termins wegen der ganzen Schuld bezahlt zu machen, sondern daß er sich

22) Im Pfandrecht §. 203.

wegen des Ueberschusses einstweilen mit Retention würde begnügen müssen.

§. 26.

Von der Art, wie der Verkauf zu bewerkstelligen ist.

Kömmt es nun zum Verkauf, so gebührt es dem Gläubiger, bona fide zu Werke zu gehen und die gesetzlich vorgeschriebene Form zu beobachten [1]).

Die bona fides äussert sich hier darin, daß der Gläubiger nicht in der Absicht, dem Schuldner zu schaden, oder dem Käufer, auf Kosten desselben, einen ungebührlichen Gewinn zu verschaffen, die Sache dem letztern für einen niedrigern Preis überläßt, als sie werth ist [2]). Vielmehr muß der Gläubiger sich bemühen, die Sache so hoch als möglich auszubringen [3]), und beim Verkauf überhaupt so zu Werke gehen, wie ein guter Wirth, wenn er seine eigne verkauft [4]).

Was die beim Verkauf vorgeschriebene Form betrifft, so muß man unterscheiden zwischen dem Verkauf einer Sache, die durch den Willen des Schuldners oder durchs Gesetz verpfändet ward, — und einer andern, welche vermöge eines richterlichen Decrets dem Pfandnexus unterworfen ward.

Was den ersten Fall betrifft, so ist weiter zu unterscheiden zwischen demjenigen, was die Gesetze enthalten, und dem-

1) *L.* 9. *C. de distr. pign.* Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, *bona fide* debetis ac *solemniter* vendere.

2) *L.* 3. *C. Si vend. pign. ag.* Si uxor tua Praesidi provinciae probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii per gratiam aureis viginti creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse, — jubebit emtores, recepto pretio, restituere servos.

3) L. 3. §. 5. C. de jure dom. impetr.

4) L. 14. D. de pign. act. L. 22. §. ult. D. eod.

jenigen, was ihre Ausleger lehren. Daß hier wirklich ein Unterschied sey, wird sich bald zeigen.

Die gewöhnliche Theorie lautet also. Die Form des Verkaufs ist folgende: Der Gläubiger, welcher zum Verkauf schreiten will, muß dem Schuldner zuvor die Anzeige machen, er werde zum Verkauf schreiten, im Fall der Schuldner die Schuld noch länger unabgetragen lassen sollte; er muß ihn also mit dem Verkauf bedrohen. Ist zwischen dem Schuldner und Gläubiger bedungen, der letztere solle nicht die Befugniß haben, das Pfand zu verkaufen, so darf er es dennoch, wenn der Schuldner in mora ist, nur muß in diesem Fall die denunciatio distractionis zu dreien Malen mit angemessenen Zwischenräumen wiederholt werden. Ausserdem genügt eine einmalige, und wenn dem Gläubiger das jus distrahendi ausdrücklich beigelegt ist, ist gar keine nöthig. Nach der denunciatio distractionis hat der Gläubiger zwei Jahre zu warten, dies hat Justinian also verordnet in der L. 3. C. de jure dom. impetr. Sind diese verstrichen, dann erst kann der Gläubiger wirklich zum Verkauf schreiten. Der Verkauf selbst darf nicht unter der Hand geschehen, sondern der Gläubiger muß das Pfand durch öffentliche Anschläge oder Bekanntmachungen feil bieten; daß der Verkauf gerichtlich geschehe, ist nicht nöthig. Findet sich kein Käufer oder kein solcher, der ein annehmliches Gebot thut, so kann der Schuldner sich selbst das Eigenthum des Pfandes, bei den Römern vom Princeps, bei uns vom Richter, zuschlagen lassen. In dieser Theorie ist Wahres mit Falschem vermischt, und älteres und neueres römisches Recht durcheinander geworfen.

Weder in den Pandecten, noch in den Constitutionen römischer Kaiser vor Justinian findet sich eine Spur davon, daß dem Verkauf eine denunciatio distractionis vorhergehen

müsse, und ebensowenig, daß diese denunciatio distractionis unterbleiben könne, wenn dem Gläubiger das jus distrahendi ausdrücklich beigelegt ist; auch davon ist nirgends die Rede, daß eine dreimal wiederholte denunciatio *distractionis* erforderlich seyn sollte, wenn im umgekehrten Fall dem Gläubiger das jus distrahendi durch Nebenvertrag entzogen ward. Die L. 4. D. de pign. act., worin man diesen letzten Satz hat finden wollen, spricht ja gar nicht von einer denunciatio distractionis, sondern von einer gewöhnlichen Aufforderung zur Zahlung, von einer interpellatio solutionis faciendae. Ulpian drückt sich an dieser Stelle folgendermaßen aus:

Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio sive postea: non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere: si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur: creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, *ut solvat*, et cessaverit.

Auch Justinian hat in der L. 3. C. de jure dom. impetr. keine denunciatio distractionis, die dem Verkauf vorhergehen müsse, vorgeschrieben. Er spricht zwar von einer denunciatio; allein darunter ist eine gewöhnliche Mahnung zu verstehen, wie aus der eben angeführten L. 4. D. de pign. act. und aus der L. 10. C. de pign. erhellet.

Nur eine Stelle in Paulus receptis sententiis [5]) scheint die Meinung zu begünstigen, daß nach älterm römischen Recht eine denunciatio distractionis erforderlich gewesen sey. Es heißt daselbst:

Creditor, si simpliciter sibi pignus depositum dis-

5) Lib. II. tit. V. princ.

trahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, *ut pignus luat, ne a se distrahatur.*

Allein, was Paulus hier lehrt, ſtimmt gar nicht mit demjenigen überein, was ſein Zeitgenoſſe behauptet. Nach Paulus ſoll auch bei einer simpliciter geſchehenen Verpfändung dem Verkauf eine dreimalige denunciatio distractionis vorhergehen, und Ulpian lehrt, daß nur in dem Fall, wenn bedungen iſt, ne liceat creditori pignus vendere, der Gläubiger vor dem Verkauf den Schuldner dreimal zur Zahlung auffordern müſſe. Ulpian's Behauptung muß aber mehr gelten, als eine in Juſtinian's Geſetzſammlung nicht aufgenommene Stelle aus den Schriften eines römiſchen Schriftſtellers, die, wenn ſie überhaupt für uns Auctorität hätte, ſchon deshalb nichts beweiſen kann, weil ſie zuviel beweiſen würde.

Wenn alſo bedungen iſt, der Gläubiger ſolle das Pfand nicht verkaufen dürfen, dann gebührt es dem Gläubiger, den Verkauf ſo lange anſtehen zu laſſen, bis er den Schuldner dreimal, und immer vergebens, zur Zahlung aufgefordert hat. Auſſer dieſem Fall wird eine Aufforderung zur Zahlung nur nöthig ſeyn in ſolchen Fällen, wo es derſelben bedarf, um den Gläubiger in moram zu verſetzen. Sie wird alſo nicht nöthig ſeyn, wenn ein beſtimmter Zahlungstermin, ſtatt des Menſchen, mahnt [6]). Sie wird aber deshalb nicht unterbleiben dürfen, weil ausdrücklich bedungen iſt, der Gläubi-

6) Dies hat auch mit Anton Faber (Rationalia ad Dig. Lib. 24. §. 2. de pign. act.) und Neguſan (de pignor. et hyp. P. 6. membr. 1. nro. 1.) Erxleben (Princ. de jure pign. §. 180.) ſchon bemerkt. Weber (zu Höpfner §. 420. Note 1) beſchuldigt ihn zwar, daß er die Denunciatio distractionis mit der Interpellatio solutionis faciendae verwechſele; allein, daß die Geſetze einen ſolchen Unterſchied ſtatuiren, iſt erſt zu beweiſen.

ger solle das Pfand verkaufen dürfen, und überhaupt gibt es keinen vernünftigen Grund, zwischen den Fällen, da dem Gläubiger das Verkaufsrecht ausdrücklich beigelegt ist, und andern, da desselben nicht erwähnt worden, einen Unterschied gelten zu lassen, indem durch den Nebenvertrag, wenn man ihn so nennen kann: Ut liceat creditori, pignus vendere, dem Gläubiger kein Recht beigelegt wird, was ihm nicht schon von Rechtswegen zustehen sollte. Freilich, wenn ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt und bedungen ist, der Gläubiger solle das Pfand verkaufen dürfen, falls die Schuld nicht zur bestimmten Zeit bezahlt würde, dann wird es keiner Aufforderung zur Zahlung bedürfen, aber nicht wegen des pacti adjecti: Ut liceat creditori, pignus vendere, sondern, weil dies interpellat pro homine.

Es wird hier nicht behauptet, daß nicht in allen Fällen eine dem Verkauf vorhergehende denunciatio distractionis zweckmäßig seyn sollte, — welche in Fällen, wo es einer Mahnung bedarf, um den Schuldner in moram zu versetzen, mit derselben zusammenfällt, — es läßt sich nur nicht erweisen, daß sie nach unsern Gesetzen, wie sie sind, erforderlich seyn sollte.

Was die Feilbietung des Pfandes durch öffentliche Anschläge oder Bekanntmachungen betrifft, so gehört sie nach neuerm römischen Recht nicht mehr zur Form des Verkaufs. Daß aber nach älterm römischen Recht eine proscriptio pignoris erforderlich war, ist nicht zu bestreiten. Dem Gläubiger gebührte es nicht nur, das Pfand durch öffentliche Anschläge oder Bekanntmachungen feil zu bieten, sondern es lag ihm auch ob, den Schuldner von der proscriptio pignoris besonders zu benachrichtigen. Dies erhellet aus der L. 4. C. de distr. pign.; — einer Stelle, welche zum Beweise angeführt

wird, daß dem Verkauf eine denunciatio distractionis vorhergehen müsse, die aber davon nichts enthält. — In dieser Stelle rescribirt Kaiser Alexander folgendermaßen:

Creditor hypothecas s. pignus cum proscribit, notum debitori facere, et sibi bona fide rem gerere et, quando licet, testato dicere debet. Si quid igitur per fraudem in pignore villae venditae commissum probare potes, ut inferatur actio, quae ea nomine competit: adi eum, cujus ea de re notio est.

Diese proscriptio pignoris war zu Justinian's Zeiten auſſer Gebrauch gekommen. Der Kaiser bemerkt dies selbst in der L. 3. C. de jure dom. impetr.

Dies Gesetz enthält die Form, welche beim Verkauf des Pfandes gegenwärtig zu beobachten ist; — zu welcher Form jedoch die vorgängige Aufforderung zur Zahlung, wo sie überhaupt nöthig ist, nicht mitgerechnet werden kann. — Nach der Ueberschrift des Titels sollte man glauben, daß das Gesetz bloß die impetratio dominii a Principe zum Vorwurf habe, und wirklich haben auch einige Rechtsgelehrte es hiervon nur verstehen wollen; — aber Justinian, der von der impetratio dominii a Principe handeln will, verordnet zugleich über dasjenige, was dieser vorhergehen muß, nämlich über den vorher zu versuchenden Verkauf, und was dabei zu beobachten ist [7]). Auf diese Lex codicis spielt Justinian an, wenn er §. 1. J. quibus alienare licet sich also vernehmen läßt:

Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur: nostra constitutione consultum

7) S. *Mevii* Dec. P. VII. dec. 310. it. not. 3.

est et certus modus impositus, per quem pignorum *distractio* possit procedere.

Was vor ihm in Ansehung der Verfahrungsart beim Verkauf Rechtens war, sollte alles abgeschafft seyn, und was namentlich die proscriptio pignoris betrifft, von der Justinian bemerkt, daß sie ausser Gebrauch gekommen sey, so ist sie durch dieses Gesetz nicht wiederhergestellt.

Justinian hebt damit an:

Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, *penitus duximus amputandam*, immo magis clarioribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus, quae jure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio pignoris et annus luitionis antiquitus introducti sunt: pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque (nisi tantummodo ex librorum recitatione) audivimus.

Darauf verordnet der Kaiser:

1) Ist etwas über die Art, wie der Verkauf oder wann er geschehen soll, verabredet, so soll es darnach gehen.

2) Im entgegengesetzten Fall ist Folgendes zu beobachten:

Der Gläubiger soll, nachdem er den Schuldner zur Zahlung aufgefordert hat (was aber voraussetzt und hier nicht besonders erwähnt zu werden brauchte, daß es der Interpellation bedarf, um den Schuldner in moram zu versetzen), oder nachdem dieser vom Richter zur Zahlung verurtheilt ist, zwei Jahre lang mit dem Verkauf Anstand nehmen. Sind diese verstrichen, dann darf er zum Verkauf schreiten.

Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori ex denunciatione vel ex sententia judiciali post biennium, ex quo attestatio missa

vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.

Findet sich kein Käufer, und der Gläubiger will sich das Eigenthum des Pfandes zuschlagen lassen, dann gebührt es ihm, die Aufforderung zur Zahlung und Einlösung des Pfandes bei dem Schuldner zu wiederholen, oder, wenn dieser abwesend ist, sich an den Richter zu wenden, damit dieser ihm die Zahlung zur Pflicht mache und dazu eine gewisse Zeit bestimme. Führen diese Mittel nicht zum Zweck, dann wird dem Gläubiger auf sein Anhalten das Eigenthum der verpfändeten Sache vom Princeps beigelegt. Der Gläubiger erlangt jedoch vor der Hand nur ein widerrufliches Eigenthum. Denn zwei Jahre lang, vom Tage des Rescripts des Princeps an gerechnet, steht dem Schuldner das Recht zu, wenn er die Schuld mit den Zinsen der Zwischenzeit und dem Schaden, welchen der Gläubiger gehabt, und dessen Größe er durch seinen Eid bestimmen darf, ersetzt, das Pfand einzulösen. Erst, wenn diese zwei Jahre verstrichen sind, ohne daß der Schuldner von dem jure reluendi Gebrauch gemacht hat, erlangt der Gläubiger ein unwiderrufliches Eigenthumsrecht. Das Eigenthumsrecht des Gläubigers ist jedoch nur dann ein dominium solitarium, wenn der Werth der Sache seiner Forderung gleich kömmt, oder weniger beträgt. Uebersteigt der Werth der Sache seine Forderung, so behält der Schuldner, nach Verhältniß der Größe des Ueberschusses, das Miteigenthum daran. Dem Gläubiger steht jedoch das Recht zu, dem Schuldner den Ueberschuß zu bezahlen, und ihn also, wenn er will, auszukaufen [8]). Der Schuldner hat also in diesem Fall kein persönliches Recht, vermöge dessen er die *Hyperocha* von dem Gläubiger fordern könnte. Den

8) S. die angeführte L. C. §. 4.

Werth der Sache auszumitteln, und dadurch zu erforschen, ob und wie weit derselbe die Forderung übersteige oder darunter sey, bleibt der Untersuchung und Entscheidung des Richters, der deshalb anzutreten, und vor welchem darüber Verhandlungen zu pflegen sind, anheimgestellt [9]). Will endlich der Gläubiger, statt dem Schuldner den Ueberschuß zu bezahlen, die Sache lieber verkaufen, so steht ihm auch dies frei, nur ist er verbunden, wenn er mehr an Kaufgeld erhält, als seine Forderung beträgt, den Ueberschuß an den Schuldner herauszugeben, dabei auch, im Fall des Verdachts, auf Verlangen zu schwören, daß er beim Verkauf nicht mala fide zu Werke gegangen sey, und die Sache so hoch ausgebracht habe, als er nur gekonnt [10]).

Es kömmt die Reihe an die Art, wie das pignus, quod in causa judicati capitur und das pignus praetorium zu verkaufen ist. Pfänder dieser Art werden auf Anhalten des Gläubigers, und zwar das pignus judiciale, zwei Monate nach der Abpfändung, wenn der Schuldner immittelst keine Zahlung geleistet hat [11]), von Gerichtswegen verkauft [12]). Daß der Verkauf in öffentlicher Auction geschehen müsse, haben die Gesetze nirgends verordnet. Findet sich kein Käufer oder keiner, der einen dem Werth der Sache angemessenen Preis bietet, so wird der Gläubiger auch zum Bot zugelassen und ist dann wie ein jeder andre Käufer zu betrachten [13]).

9) S. die angeführte L. C. §. 6.

10) S. die angeführte L. C. §. 5.

11) L. 31. D. de re judicata.

12) L. 2. C. Si ex causa jud.

13) *L. 2. C. Si ex causa judicati.* Cum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit. Et si alio emtore non existente vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente, is, cui judicatus satis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cujuslibet alterius vice ex officio emere debet.

Auſſer dieſem Fall iſt es dem Gläubiger nicht erlaubt, das Pfand, was er zum Verkauf bringt, ſelbſt zu erſtehen, weder offenbar, noch durch einen andern, der ſeinen Namen dazu hergibt (per subpositam imaginarii emtoris personam, wie es in der L. 10. C. de distr. pign. heißt [14]).

Was den Schuldner betrifft, um es im Vorbeigehen zu bemerken, dieſer kann das Pfand unter keinen Umſtänden kaufen, wie überhaupt Niemand ſeine eigne Sache kaufen kann. Iſt es aber geſchehen, und das Kaufgeld bezahlt, ſo wird die Sache dennoch vom Pfandnexus frei, weil der Gläubiger durch das Kaufgeld zu ſeiner Befriedigung gelangt iſt. Dies ſetzt voraus, daß die Größe des Kaufgeldes der Größe der Pfandſchuld gleich kam. Im entgegengeſetzten Fall dauert das Pfandrecht fort, und der Schuldner kann auf Auslieferung der Sache nicht klagen, weder mit der actio pignoratitia, noch mit der rei vindicatio. (Daß er mit der actio emti nicht klagen könne, verſteht ſich, weil der Handel nicht gilt, von ſelbſt [15].)

Aber wieder auf den Gläubiger zu kommen. Statt auf die verpfändete Sache zu bieten, kann er ſich an den Princeps wenden, und ſich von dieſem das Eigenthum des Pfandes beilegen laſſen. Dieſe impetratio dominii a Principe findet aber nur in subsidium Statt, nämlich, wenn ſich Niemand findet, der die Sache kaufen will [16]. Es ſcheint dabei, daß in dieſem Fall dem Gläubiger das Eigenthum des

14) Es iſt hier nicht die Rede von dem Fall, da der Schuldner das Pfand an den Gläubiger verkauft, oder an Zahlungsſtatt überläßt; davon unten.

15) *L. 40. pr. de pign. act.* Debitor a creditore pignus, quod dedit, frustra emit, cum rei suae nulla emtio sit. Nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet: ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogitur. S. auch den darauf folg. §. 1.

16) L. 3. C. Si in causa jud.

Pfandes nicht für den durch eine Schätzung auszumittelnden Preis, sondern für die Größe dessen, was er zu fordern hat, zufalle, so daß er jetzt völlig befriedigt ist, und wenn die Sache auch minder werth ist, als er zu fordern hat, keine Bezahlung dessen, was daran fehlt, verlangen kann, nachdem er einmal diesen Weg erwählt hat, so wie er auf der andern Seite auch nicht nöthig hat, im Fall das Pfand mehr werth ist, als seine Forderung beträgt, etwas herauszugeben [17]).

Dies also ist es, was beim Verkauf des pignoris judicialis et praetorii zu beobachten ist. Nun aber lehren die Rechtsgelehrten, daß die vorher angeführte L. 3. C. de jure dom. impetr. nur vom Conventionalpfandrecht und von demjenigen, was beim Verkauf durch Vertrag verhafteter Pfänder zu beobachten, zu verstehen sey, und dabei auch nur von dem Fall, wenn der Gläubiger dergleichen Pfänder selbst oder außergerichtlich zum Verkauf bringt. Im Fall der Gläubiger den Verkauf solcher Pfänder durch den Richter bewerkstellige, sey er an die von Justinian vorgeschriebene Form nicht gebunden, sondern vielmehr dasjenige zu beobachten, was beim Verkauf des pignoris judicialis et praetorii vorgeschrieben ist.

17) *L.* 15. §. 3. *D. de re jud.* Si pignora, quae capta sunt, emtorem non inveniant, rescriptum est ab Imperatore nostro et Divo patre ejus, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. *Addicantur autem utique ea quantitate, quae debetur.* Nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur. petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere. Manche wollen hier zwar noch unterscheiden zwischen der addictio pignoris pro credito, welche durch den Richter geschehen soll, und der impetratio dominii a Principe, wie Anton Faber (Err. Pragm. Dec. 56. Err. 1. sq.) und Mevius (P. VI. dec. 132.). Die Gesetze kennen aber diesen Unterschied nicht. Vergleiche L. 15. §. 3. D. de re jud. und L. 3. C. Si in causa jud.

Der Gläubiger habe dann auch nicht nöthig, zwei Jahre mit dem Verkauf Anstand zu nehmen, sondern es werde sogleich zum Verkauf geschritten, und wenn sich kein Käufer finde, die Sache dem Gläubiger für den taxirten Preis zugeschlagen [18]). Es ist freilich wahr, daß die L. 3. C. de jure dom. impetr. vom Verkauf solcher Pfänder spricht, welche durch Vertrag verpfändet sind, wobei jedoch zu bemerken ist, daß sie nicht bloß von diesen, sondern überhaupt von solchen, woran ein pignus voluntarium haftet, deren einer Art als der vorzüglichsten und gewöhnlichsten nur erwähnt ist, zu verstehen ist, sowie von solchen, die durchs Gesetz verpfändet sind, von welchen die L. 3. C. cit. zwar ebenfalls nicht namentlich spricht, die aber mit Conventionalpfändern gleichen Schritt halten, welches alles um so mehr anzunehmen ist, da es sonst in Ansehung ihrer — der durch Testament oder Gesetz verhafteten — Pfänder an einer gesetzlichen Bestimmung darüber, was beim Verkauf derselben zu beobachten, gänzlich fehlen würde. Aber das läßt sich nicht einräumen, daß der Gläubiger beim Verkauf solcher Pfänder an die von Justinian vorgeschriebene Form nicht gebunden und daß, wenn er dergleichen Pfänder gerichtlich verkaufen läßt, vielmehr diejenige Form zu beobachten seyn sollte, welche beim Verkauf des pignoris judicialis et praetorii vorgeschrieben ist. Zwei Formen schreibt das Gesetz vor, die eine für den Verkauf des pignoris judicialis et praetorii, die andre für den Verkauf durch Vertrag, Testament, Gesetz bestellter Pfänder, und wenn der Gläubiger dergleichen Pfänder zum Verkauf bringt, so muß es in der vom Gesetz für den Verkauf dieser Art von Pfändern vorgeschriebenen Form geschehen, und es ist ihm

18) *Hartmann Pistor.* Dec. VII. dec. 310. *Hofacker* quaest. jur. III. 18. nr. 16. *Mev.* Princ. jur. Rom. II. §. 1193.

nicht erlaubt, diese Form zu vernachlässigen, und eine andre, die für den Verkauf andrer Arten von Pfändern vorgeschrieben ist, an deren Stelle zu setzen. Gestehen wir, statt dessen, lieber aufrichtig, daß die Gesetze in Ansehung dessen, was beim Verkauf der Pfänder zu beobachten ist, höchst mangelhaft, unvollkommen und unzweckmäßig sind, und daß die L. 3. C. cit., soweit sie die Form des Verkaufs der Pfänder betrifft, ja, daß im Grunde auch die beim Verkauf des pignoris judicialis et praetorii vorgeschriebene Form nicht befolgt werde. Vielmehr wird der Verkauf, welcher ohne Unterschied der Pfänder, nur gerichtlich geschieht, in der Art bewerkstelligt, daß auf den Antrag des Gläubigers zum Verkauf der Pfänder Termine angesetzt werden — gewöhnlich drei —, daß diese öffentlich bekannt gemacht, und Kaufliebhaber dazu eingeladen werden, daß die Pfänder in den angesetzten Terminen öffentlich aufgeboten und dem Meistbietenden zugeschlagen werden, und daß sie, wenn sich kein annehmlicher Kaufliebhaber findet, dem Gläubiger auf sein Verlangen für den durch eine, unter gerichtlicher Auctorität auszumachende Taxe ausgemittelten Preis — nicht mehr durch den Princeps, sondern durch den Richter — zum Eigenthum überlassen werden [19]). Billig müßte aber dem Verkauf oder vielmehr dem Aufbot eine Aufforderung zur Einlösung der Pfänder unter Bedrohung mit dem Verkauf von Gerichtswegen vorangehen, welches, soviel wir wissen, die Praxis auch befolgt. Indessen bleibt uns selbst bei dieser Form noch manches bedenklich, z. B. daß der Richter seine Auctorität anwenden soll, wenn er sich nicht zuvor über die Richtigkeit der Schuld und des Pfandrechts, und die Zulässigkeit des Verkaufs

19) *Mev.* VII. dec. 310. VIII. dec. 268.

kaufs überzeugt hat, was doch auſſer dem Fall eines pignoris judicialis et praetorii nicht geſchieht, und auch nicht füglich geſchehen kann, da ſonſt jeder Ausübung des juris distrahendi erſt ein Proceß vorangehen müßte.

§. 27.

Wirkungen und Folgen des Verkaufs der verpfändeten Sache.

Sobald die verpfändete Sache verkauft und dann dem Käufer übergeben iſt, erlangt dieſer das Eigenthum daran; das Eigenthum des Verpfänders aber hört auf. Zugleich hört auch das Pfandrecht des Gläubigers auf; es gehen auch die Pfandrechte der dem verkaufenden Gläubiger nachſtehenden Pfandgläubiger unter [1]). Oder vielmehr jene spes pignoris, die ihnen bisher allein nur zuſtand, verſchwindet und ihre Rechte gehen nicht ſowohl unter, als die verſchobenen vielmehr nun gar nicht entſtehen können. Selbſt die actio hypothecaria, die ihnen vorher doch zuſtand gegen andere dritte Beſitzer (außer dem vorgehenden Pfandgläubiger), ſteht

1) *L.* 6. *C. qui pot. in pign.* Si generaliter bona sint obligata et postea res alii specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit, si ab illo priore (tempore) tu comparasti: non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari. *L.* 1. *C. Si antiquior creditor.* Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria *superesse* non posset. — — Wird aber der Handel rückgängig, ſo kehrt alles wieder in die vorige Lage zurück. *L.* 10. §. 1. *D. Quibus modis pign.* Creditor quoque si pignus distraxit et ex venditione recessum fuerit vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Itemque est in omnibus, quibus concessum est, rem alienam vendere. Non enim, quia dominium transferunt, ideo ab emtore jus ejus recipiunt: sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.

ihnen jetzt nicht weiter zu. Aber wohl gemerkt, zum Verkauf muß die Uebergabe hinzugekommen seyn. Durch den bloßen Verkauf hört, was keiner Bemerkung bedarf, das Eigenthum des Verpfänders nicht, es hört aber auch durch den bloßen Verkauf das Pfandrecht des Gläubigers nicht auf [2]). Solange die Uebergabe nicht geschehen, kann der Käufer mit keiner dinglichen Klage die Sache verfolgen. Er kann nur mit einer persönlichen Klage klagen gegen den Verkäufer auf Uebergabe.

Das Kaufgeld rechnet der Gläubiger auf seine Forderung ab, und zwar ist er berechtigt, zuerst auf die Zinsen, und was übrig bleibt, auf das Capital abzurechnen, und der Schuldner kann diese Art der Abrechnung nicht hindern [3]). Der Schuldner wird seiner Schuld gegen den Gläubiger nur entledigt, wenn und soweit der Gläubiger durch das Kaufgeld zu seiner Befriedigung gelangt ist. Wenn daher der Gläubiger von dem Käufer die Bezahlung des Kaufgeldes nicht erlangen kann, und dabei nicht in culpa ist, so bleibt der Pfandschuldner persönlich verhaftet.

L. 9. *D. de distr. pign.*

Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an liberatus esset (sc. debitor)? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum: quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

2) *L.* 13. *C. de distr. pign.* Qui praedium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet. *L.* 15. *C. eod.* Obligatis pignori mancipiis a creditore distractis ac traditis: si post debitor quondam haec sollicitaverit, non venditori, sed emtori, contra possidentem competit actio. — *L.* 13. *D. de distr. pign.* Westphal im Pfandrecht, §. 209.

3) L. 35. pr. D. de pign. act.

Reicht das Kaufgeld zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin, so bleibt der Schuldner, und wer sich etwa für den Schuldner verbürgt hat, in Ansehung dessen, was daran fehlt, nach wie vor verhaftet [4]); es ist auch nicht nöthig, daß dies bei der Verpfändung bedungen sey, sondern es ist dies etwas, was sich ohnehin von selbst versteht [5]). Ist die verpfändete Sache höher ausgebracht, als der Betrag der Forderung des Gläubigers sich beläuft, so ist dieser verbunden, dem Schuldner den Ueberschuß — die Hyperocha — herauszugeben, und zwar mit Zinsen, wenn er entweder damit gewuchert hat, oder das Geld selbst benutzte, oder in mora ist [6]). Wegen des Ueberschusses hält der Schuldner sich an den Gläubiger (die Rollen sind gewechselt, und jener ist Gläubiger, dieser Schuldner geworden) und hat nicht nöthig, sich an den Käufer verweisen zu lassen. Solange indessen der Käufer das Kaufgeld noch nicht abgetragen hat, kann auch der Ueberschuß noch nicht gefordert werden, und der Schuldner (und jetzige Gläubiger) kann nur allenfalls, wenn er will, verlangen, daß ihm die Klage gegen den Käufer auf Gefahr des Verkäufers cedirt werde [7]). Aus allem dem erhellet zugleich, daß es wahr sey, was die Ausleger lehren, der Gläubiger, der das Pfand verkauft, habe eben nicht nöthig, es gegen (sofort zu erlegendes) baares Geld — praesenti pecunia — zu verkaufen. Eine Ausnahme macht das pignus judiciale [8]). Er geht freilich auch bei andern Pfändern am sichersten, wenn er nur gegen baares Geld das Pfand aus den Händen gibt. Sonst setzt er sich der Gefahr aus,

4) L. 3. C. de distr. pign.

5) L. 9. §. 1. D. de distr. pign.

6) L. 6. §. 1. et L. 7. D. de pign. act.

7) L. 24. §. 2. L. 42. D. eod.

8) L. 15. §. 7. D. de re judicata. *ALTAMIRANI* ad quaest. Scaevolae libr. 2. nr. 7. (*MEERMANN* thesaur. tom. 2. p. 399.)

wenn ihm dabei etwas zur Last gelegt werden kann, daß er diesem Käufer traute oder wenn er in Beitreibung des Kaufgeldes säumig war, daß er das Recht verliert, auf den Schuldner zurückzugehen. Dieser wird einwenden: das Kaufgeld reichte zu Deiner Befriedigung hin und Deine Schuld war es, daß es Dir nicht zu Theil geworden ist. Du hast das Pfand und Deine Forderung zugleich verloren; wenigstens werde ich gegen Deine Forderung meine Gegenforderung aufrechnen.

Aber sehen wir jetzt, was Rechtens ist, wenn dem Käufer das verkaufte Pfand entwährt wird. Von wem wird er Ersatz begehren, von dem Gläubiger, der ihm das Pfand verkaufte, oder von dem Schuldner, dessen Sache es war, welche verkauft ward? — Der Gläubiger ist, der Regel nach, nicht verbunden, das verkaufte Pfand zu gewähren; dies beweist, ausser den weiterhin anzuführenden, die Regel bestärkenden Ausnahmen, die L. 10. D. de distr. pign., wo es heißt:

> *Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest,* tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quaestionem movere.

Der Schuldner ist es vielmehr, welchem die Pflicht der Gewährsleistung obliegt. Nur dazu kann der Käufer den Gläubiger nöthigen, daß er ihm seine Klage gegen den Schuldner, die actio pignoratitia contraria, cedire, damit er durch sie Gewährsleistung erlange [9]). Er kann aber auch ohne diesen Umweg mit der actio ex emto utilis gegen den Schuldner auf Gewährsleistung klagen.

L. 12. §. 1. *D. de distr. pign.*

> — — quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, *vel ad emtorem post evictio-*

9) L. 38. D. de evict.

nem, ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum acquirat.

Er kann aber, wenn er gegen den Schuldner aus dem Kauf klagt, nicht id, quod interest, sondern bloß die Zurückgabe des Kaufpreises mit den Zinsen begehren [10]). Daher sorgt er besser für sich, wenn er sich vom Gläubiger seine Klage gegen den Schuldner cediren läßt und dann mit der actio pignoratitia contraria gegen den Schuldner als einen solchen, der rem alienam verpfändet hat, auf id, quod interest, klagt [11]).

Warum der Käufer nicht von dem verkaufenden Gläubiger, sondern nur vom Schuldner die Leistung der Gewähr fordern könne, dies erklärt man daher, weil der Gläubiger beim Verkauf als der Bevollmächtigte des Schuldners zu betrachten sey. Diese Idee findet in einer Stelle der Institutionen, einer andern der Pandecten und noch mehr in dem Umstande, daß der Käufer gegen den Schuldner mit einer actio ex emto utilis klagen kann, ihre Bestätigung. Die erste Stelle sagt freilich nicht mehr, als, durch Einräumung des juris distrahendi habe der Schuldner zu dem Verkauf seine Einwilligung gegeben und durch diese Einwilligung sey das Recht des Gläubigers, eine fremde Sache zu verkaufen, zu erklären [12]). Bestimmter drückt Paulus sich aus, wel-

10) L. 74. §. 1. D. de evict. Die Stelle spricht zunächst nur vom pignus, quod in causa judicati capitur, wird aber von den Auslegern auch auf andere Pfänder ausgedehnt. S. *HUBER* Prael. ad Dig. Tit. de distr. pign. §. 5. *VOET* ad eund. tit. §. 5. *FINISTRES* ad Hermogenianum tom. 1. p. 496.

11) *WESENBECII* Com. in Dig. h. t. §. 8. *FINISTRES* ad Hermogenianum tom. 1. p. 496. Westphal vom Kauf u. s. w. §. 317.

12) §. 1. *I. quibus alienare licet.* Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri,

cher lehrt: was der verkaufende Gläubiger vornimmt, ist so anzusehen, *ac si debitor per procuratorem egisset* [13]). Die Macht des Gläubigers, die fremde Sache zu verkaufen und durch Kauf und Uebergabe das Eigenthum zu übertragen, braucht nicht aus dem Vertrage hergeleitet zu werden, sondern folgt schon aus dem Gesetz, welches dem Gläubiger die Befugniß zur Veräusserung beilegt, wie sie denn auch in dem Fall Statt findet, wenn der Schuldner dem Gläubiger nicht das jus distrahendi ausdrücklich beigelegt, sogar, wenn er selbst nicht, sondern das Gesetz u. s. w. das Pfandrecht bestellt hat. Vermöge des Gesetzes ist der Gläubiger befugt, die fremde Sache zu verkaufen, und, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht und die Sache als Gläubiger an Stelle des Schuldners verkauft, so ist es im Verhältniß zu dem Dritten so anzusehen, als hätte der Schuldner die Sache durch einen Bevollmächtigten verkauft. Der Dritte kann sich, wenn ihm die Sache entwährt wird, nur an den Schuldner halten. In jeder andern Hinsicht besorgt der Gläubiger sein eignes Geschäft [14]).

Die Regel, daß nicht der verkaufende Gläubiger, sondern der Schuldner die Gewähr zu leisten habe, leidet manche Ausnahmen. Dahin gehört 1) Wenn er die Sache nicht als Pfandgläubiger (jure creditoris s. jure pignoris), sondern wie ein jeder andre (jure communi), mit einem Worte, wenn

quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari: quia ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur: nostra constitutione consultum est et certus modus impositus, per quem pignorum distractio possit procedere. Cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abunde provisum est.

13) L. 29. D. fam. ercisc.

14) L. 42. D. de pign. act.

er sie als seine eigne verkauft hat [15]). Es versteht sich dabei, der Gläubiger hat die Sache als seine eigne verkauft, wenn er nicht auf irgend eine Art zu erkennen gegeben hat, daß es eine fremde oder eine solche sey, woran ihm nur ein Pfandrecht zustehe, oder daß er die Sache vermöge eines Pfandrechts verkaufe. 2) Wenn der Gläubiger zur Zeit des Verkaufs von dem Recht des Dritten, welcher die Sache entwährt hat, unterrichtet war [16]). 3) Wenn dem Käufer die Sache von einem Dritten entwährt ward, welchem daran ein vorzüglicheres Pfandrecht zustand, vermöge desselben. Denn dafür muß der verkaufende Pfandgläubiger allerdings aufkommen, daß an der verkauften Sache kein dem seinigen vorgehendes Pfandrecht hafte [17]). 4) Wenn er die Gewähr leisten zu wollen, sich ausdrücklich verbindlich gemacht hat [18]). Endlich versteht es sich, kann aber unter die Ausnahmen jener Regel nicht gerechnet werden, daß Jemand, welcher eine Sache jure pignoris verkaufte, dem gar kein Pfandrecht zustand, der Gewährsleistung sich nicht entziehen könne.

Hat nun in den ausgenommenen Fällen der Gläubiger dem Käufer die Gewähr leisten müssen, so lebt seine Forderung an den Schuldner wieder auf, oder vielmehr, um uns genau an die Ansicht der Gesetze zu halten, es ist nun offenbar geworden, daß er durch das Kaufgeld, was er zurückgeben mußte, nicht zu seiner Befriedigung gelangt sey. Er fordert daher die alte Schuld, und zwar ohne Zinsen der Zwischenzeit, während welcher er das Kaufgeld genutzt hat [19]). Ja,

15) Westphal im Pfandrecht §. 214. Note 237.

16) L. 2. C. Cred. evict. pign. non deb.

17) L. 1. C. eod.

18) L. 1. et 2. C. cit.

19) *L.* 12. §. 1. *D. de distr. pign. in fine.* — — verum, si actione ex emto conventus praestitisset creditor emtori, debitum persequi eum a debitore posse: quia apparuit, non esse liberatum.

hatte der Gläubiger dem Käufer, im Fall der Entwährung, das duplum des Kaufpreises versprochen und geleistet, so kann er den Ersatz dieses dupli begehren, wenn er durch das Versprechen des dupli die Sache höher ausgebracht hat, als der Käufer ohnedies dafür erlegt haben würde [20]).

Soviel von den Wirkungen des Verkaufs der verpfändeten Sache. Wenn aber das Pfand nicht verkauft, sondern, nachdem dieser vergeblich versucht ist, dem Gläubiger das Eigenthum des Pfandes zugeschlagen ist, dann muß man unterscheiden, ob von Pfändern, die durch Vertrag, Testament, Gesetz verhaftet sind, oder vom pignore judiciali et praetorio die Rede ist.

Was Pfänder der ersten Art betrifft, so erhellet aus demjenigen, was oben bemerkt ist, daß der Gläubiger, dem an dergleichen Pfändern durch den Princeps (statt dessen gegenwärtig das Gericht zu setzen ist) das Eigenthum beigelegt ist, vor der Hand nur ein widerrufliches und erst nach Ablauf zweier Jahre, binnen welchen dem Schuldner das jus reluendi zusteht, ein unwiderrufliches Eigenthum erlange, und daß, wenn der durch die Taxe auszumittelnde Werth der Sache die Größe der Forderung des Gläubigers übersteigt, der Schuldner auf die Bezahlung des Ueberschusses kein persönliches Recht gegen den Gläubiger, sondern nach Verhältniß der Größe desselben ein Miteigenthum behalte. Wenn aber der Werth der Sache zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht, so behält derselbe hier, wie beim Verkauf des Pfandes, das Fehlende vom Schuldner zu fordern [21]).

L. 23. D. de pign. act. Daß der Gläubiger, wenn er bei der Gewährsleistung noch ausser dem Kaufgelde etwas erlegen mußte, den Ersatz desselben besonders begehren könne, versteht sich wohl.

20) L. 22. §. ult. L. 23. D. de pign. act.

21) L. 3. §. 4. C. de jure domin. impetr.

Was Pfänder der zweiten Art betrifft, so kann es seyn, daß der Gläubiger bei der Versteigerung selbst darauf bietet, und daß sie ihm zugeschlagen werden, und in diesem Fall ist es nicht anders, als wenn ein jeder andre die Sache erkauft hätte [22]), und von einem jure reluendi wird die Rede nicht seyn können. Werden sie ihm aber ausserdem und ohne daß er darauf bietet, zugeschlagen, so wird auch in diesem Fall dem Schuldner kein jus reluendi zustehen, da die Gesetze es dem Schuldner in diesem Fall so wenig, als in dem vorigen, eingeräumt haben, wiewohl es nicht an Rechtsgelehrten fehlt, welche das Gegentheil behaupten [23]). Wenigstens nach reinem römischen Recht, wonach, wie oben bemerkt worden, der Zuschlag vom Princeps für den Betrag der Schuld geschieht, kann dies keinen Zweifel leiden.

In allen Fällen, in welchen dem Gläubiger das Eigenthum des Pfandes zugeschlagen ist, hört sein Pfandrecht auf, und es ist so anzusehen, als ob er die Sache erkauft hätte. Er kann daher, wird die Sache ihm entwährt, die Gewährsleistung mit der actio emti, er kann aber auch statt dessen die Summe, die er zu fordern hatte, derentwegen er jetzt unbefriedigt ist, mit der actio pignoratitia contraria fordern. Im erstern Fall fordert er id, quod interest, im letztern quantitatem debiti.

L. 24. pr. D. de pign. act.

Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat contrariam pignoratitiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio et a con-

22) L. 2. C. Si ex causa jud.

23) Dahin gehört z. B. *Franzke* ad D. tit. de distr. pign. §. 97. und *Hofacker* Princ. tom. II. §. 1197.

tractu recessum. Immo utilis ex emto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum ejus intersit: et compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia vel ex alia causa cum eo agetur.

Endlich iſt zu bemerken: Hat der Gläubiger nach der Addiction Zinſen auf die Pfandſchuld angenommen, ſo hat er auf ſein durch die Addiction erlangtes Recht Verzicht geleiſtet [24]).

§. 28.

Was iſt Rechtens, wenn der Gläubiger zum Verkauf ſchritt, ohne dazu befugt zu ſeyn, oder wenn der Verkauf nicht auf die gehörige Art geſchehen iſt?

Die hier aufgeworfene Frage wird durch folgende Unterſcheidungen beantwortet:

1) Der Gläubiger war nicht befugt, das jus distrahendi ſchon jetzt in Ausübung zu bringen, ſey es, weil die Schuld noch nicht fällig oder dem Schuldner Nachſicht gegeben war [1]), oder weil der Betrag der Schuld erſt durch eine zuzulegende Liquidation auszumitteln, und der Schuldner bereit war, was er wirklich rückſtändig ſey, zu bezahlen, nachdem dies durch gerichtliche Unterſuchung feſtgeſtellt worden [2]); in allen dieſen Fällen iſt der vom Gläubiger voreilig vorgenommene Verkauf eben ſo nichtig, als wenn ihm gar kein Recht zuſtand, das Pfand zu verkaufen, etwa weil der

24) L. 2. C. de jure dom. impetr.

1) *L.* 4. *D. de distr. pign.* Cum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur.

2) *L.* 5. *C. eod.*

Schuldner ihm die Zahlung angeboten, und da er sich weigerte, sie anzunehmen, das Geld bei Gericht deponirt hatte, und also die Pfandschuld zur Zeit des vorgenommenen Verkaufs als getilgt zu betrachten war [3]).

Eine Folge davon, daß der Verkauf ungültig ist, ist nun freilich, daß der Gläubiger, des Verkaufs ungeachtet, berechtigt ist, die verpfändete und verkaufte Sache vom Käufer, und überhaupt von jedem Besitzer zu vindiciren, so lange dieser nicht durch Verjährung das Eigenthum derselben erlangt hat [4]). Und obwohl die Gesetze es nicht ausdrücklich sagen, kann es doch keinen Zweifel leiden, daß auf der andern Seite, neben dem Eigenthum des Schuldners, auch das Pfandrecht des Gläubigers fortdaure, da die Gesetze ihm dies sonst zur Strafe hätten entziehen müssen.

2) Hat es zwar dem Gläubiger an der Befugniß, das Pfand zu verkaufen, nicht gefehlt, es ist aber beim Verkauf nicht beobachtet worden, was die Gesetze zu beobachten vorgeschrieben haben, dann versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen ebenfalls von selbst, daß der Verkauf ungültig sey, und es gilt auch in diesem Fall alles, was von dem vorigen gesagt ist.

3) Der Gläubiger durfte verkaufen, er hat auch solemniter verkauft, ist aber beim Verkauf nicht bona fide zu Werke gegangen. In diesem Fall gilt der Handel und besteht zu Rechte. Der Schuldner darf jedoch den Gläubiger mit der actio pignoratitia contraria auf id, quod interest, belangen [5]), und, statt dessen, bisweilen den Käufer, nicht den dritten Besitzer, auf Zurückgabe der Sache mit den Früchten, gegen Wiedererstattung des Kaufpreises mit den Zinsen.

3) L. 8. C. eod.
4) L. 2. C. Si vend. pign. ag.
5) L. 1. C. Si vend. pign. ag.

Dies Letztere setzt voraus, 1) daß der Käufer fraudis particeps, 2) daß der auf id, quod interest, zuvor belangte Gläubiger nicht im Stande war, id, quod interest, zu ersetzen [6]).

In Fällen dieser Art dauert jedoch das Pfandrecht des Gläubigers nicht fort, da er durch den Kaufpreis zu seiner Befriedigung gelangt ist.

§. 29.

2) Rechte des Gläubigers gegen die Person des Schuldners.

Ausser dem Recht an der Sache des Schuldners, von welchem, nach seinen verschiedenen Aeusserungen, bisher die Rede war, stehen dem Gläubiger auch Rechte gegen die Person des Schuldners zu, oder vielmehr sie können ihm zustehen, denn es ist bloß zufällig und setzt dabei meistens den Besitz des Pfandes voraus, wenn der Gläubiger ausser dem dinglichen Rechte durch die Verpfändung auch persönliche Rechte erlangt. Zu solchen Rechten des Gläubigers gehört:

1) Er fordert Ersatz für die öffentlichen Lasten und Abgaben, die er von der verpfändeten Sache bestritten hat [1]).

2) Er fordert Ersatz für nothwendige oder nützliche Ausgaben, welche er auf die verpfändete Sache verwandte.

Nothwendige Ausgaben (impensae necessariae), kann man vielleicht richtiger, als gewöhnlich, sagen, sind überhaupt solche, die der Besitzer auf die Sache zu verwenden nicht unterlassen konnte, ohne sich verantwortlich zu machen. Es gehören dahin Ausgaben, welche nöthig waren, um die

6) L. 1. C. cit. L. 3. L. 4. et. L. 5. C. eod.

1) L. 6. C. de pignor.

Sache vor Untergang oder Verschlimmerung in Acht zu nehmen. Ausgaben dieser Art sind es, von denen der Pfandgläubiger, welcher die verpfändete Sache wie ein guter Wirth die seinige zu behandeln verbunden ist [2]), sich nicht entbinden kann, und die ihm daher, wenn er sie aufgewandt hat, ohne Unterschied ersetzt werden müssen. Selbst dann gebührt ihm Ersatz dafür, wenn die Sache in der Folge ohne seine Schuld zu Grunde gegangen [3]).

Was aber solche Ausgaben betrifft, welche der Gläubiger auf das Pfand zu verwenden nicht nöthig hatte, wodurch die Sache indessen verbessert ist, so kann er, auffer dem Fall, da diese Ausgaben mit Einwilligung des Schuldners verwandt sind, den Ersatz derselben nur in soweit begehren, als sie mäßig sind und den Schuldner nicht zu sehr belästigen [4]).

Endlich für solche Ausgaben, die keinen reellen Nutzen gewähren, und bloß dazu dienen, die Sache zu verschönern, oder sie ihrem Besitzer angenehm zu machen, hat der Gläubiger nicht das Recht, Vergütung zu begehren, sondern ihm

2) *L.* 14. *D. de pign. act.* quam praestat, non patitur, ita Ea igitur, quae diligens paterfamilias in rebus suis praestare solet, a creditore exiguntur.

3) L. 8. pr. D. de pign. act. L. 29. in fine D. fam. ercisc.

4) *L.* 25. *D. de pign. act.* Si servos pignoratos artificiis instruxit creditor, si quidem jam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria. Si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria. Non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumtuum debitor. Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa, nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum, puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres: Alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. Medie igitur haec a judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.

steht bloß die Befugniß zu, das Product jener Ausgaben wieder wegzunehmen, soweit eine Trennung ohne Schaden der Hauptsache möglich, und es getrennt für ihn von einigem Werth ist. —

3) Hat der Gläubiger durch die verpfändete Sache einen Schaden erlitten, so ist der Schuldner verbunden, den Schaden zu ersetzen, wenn er dabei in culpa war [5]).

4) Wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Sache verpfändete, die einem andern eigen gehört oder verpfändet oder die mit Mängeln behaftet war, oder wenn er die verpfändete Sache von einer andern und bessern Beschaffenheit ausgab, als sie wirklich ist, so ist er verbunden, dem Gläubiger id, quod interest, zu vergüten [6]). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Gläubiger nicht davon unterrichtet war, daß die Sache eine fremde, daß sie einem andern bereits verpfändet, daß sie mit Mängeln behaftet sey u. s. w. [7]). Und was insbesondere die einem andern bereits verpfändete Sache betrifft, so wird auch noch dies vorausgesetzt, daß sie nicht soviel werth ist, als zur Befriedigung beider Gläubiger nöthig ist [8]).

Die Rechtsgelehrten nehmen gewöhnlich an, daß in den hier zuerst genannten drei Fällen, und namentlich, wenn es eine fremde Sache war, welche verpfändet ward, der Gläubiger statt der verpfändeten Sache, die ihm keine Sicherheit gewähren kann, die Einräumung einer andern Sache zum Pfande begehren könne; allein die Gesetzstellen, worauf man sich beruft [9]), beweisen diesen Satz nicht. Sie enthalten wei-

5) L. 31. D. de pign. act.
6) L. 9. pr. L. 32. — L. 1. §. 2. D. de pign. act.
7) L. 16. §. 1. D. de pign.
8) L. 36. §. 1. D. de pign. act. *BACHOV* de pign. Lib. III. cap. 9. no. 5.
9) L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 32. L. 36. §. 1. D. de pign. act.

ter nichts, als daß dem Gläubiger in den bemerkten Fällen die actio pignoratitia contraria zustehe; worauf aber diese Klage in diesen Fällen gerichtet sey, wird nicht hinzugesetzt.

Allein, da die actio pignoratitia contraria, gleich allen andern actionibus contrariis, überhaupt auf Entschädigung gerichtet ist, so ist durch den bloßen Ausdruck: es stehe dem Gläubiger die actio pignoratitia contraria zu, der Zweck derselben schon angegeben, und zum Ueberfluß erhellet auch noch aus der L. 54. D. de fidejussor. ausdrücklich, daß die actio pignoratitia contraria in den Fällen, wovon hier die Rede ist, auf id, quod interest, gerichtet sey. Die Glosse macht zu dieser Stelle die Bemerkung, das Interesse des Gläubigers bestehe darin, eine ebenso gute Sache zum Pfande zu haben. (Interest autem, habere aeque bonum pignus.) Dies läuft aber auf ein bloßes Spiel mit den Worten hinaus, und es läßt sich nicht annehmen, daß gegen den sonstigen juristischen Sprachgebrauch unter dem, quod creditoris interest, statt einer Quantität, eine Sache gemeint seyn sollte. Worauf sollte sich auch die Verbindlichkeit des Schuldners gründen, dem Gläubiger eine andre Sache zum Pfande zu geben? Hat er sich doch nie verbindlich gemacht, dem Gläubiger eine andre Sache zu verpfänden, als die er ihm wirklich verpfändete. Zwar gewährt dem Gläubiger diese ihm wirklich verpfändete Sache keine Sicherheit, weil der Schuldner ihm eine fremde Sache u. s. w. zum Pfande einsetzte; aber dieser Umstand berechtigt ihn so wenig, eine andre Sache zum Pfande zu begehren, als derjenige, dem eine fremde Sache verkauft und entwährt ward, befugt seyn würde, vom Verkäufer zu verlangen, daß er ihm, statt der verkauften und entwährten Sache, eine andre von gleicher Beschaffenheit übergebe, und diese an die Stelle jener treten lasse. Es

ist daher ganz richtig, wenn diejenigen, welche von der gewöhnlichen Meinung abweichen, Regusant [10]) und mit ihm Brunnemann [11]), den Grund ihrer abweichenden Meinung ganz kurz also angeben: die Hingabe einer andern Sache zum Pfande sey nicht in obligatione. Alles, was der Gläubiger verlangen kann, ist Entschädigung dafür, daß er die verpfändete Sache nicht zum Pfande haben kann, oder id, quod interest. Worin kann aber dies id, quod interest hier bestehen? Ein andres Pfand kann der Gläubiger unter diesem Titel nicht fordern; — um zu seinem Gelde zu gelangen, steht ihm die persönliche Klage zu; — was ist es dann, was der Gläubiger, dem eine fremde Sache verpfändet ward, als id, quod interest, mit der actio pignoratitia contraria fordern könnte? — Nach der Regel des Rechts mußte dem Gläubiger ein Recht auf id, quod interest beigelegt werden, sollte es sich auch nicht leicht zutragen, oder es sich im Allgemeinen nicht angeben lassen, worin der Nachtheil, welchen der Gläubiger, ausser der fehlenden Sicherheit, davon hat, daß er an der Sache kein Pfand haben kann, bestehen mögte? Allein es lassen sich in der That manche nachtheilige Folgen angeben, die für den Gläubiger daraus entstehen, daß die Sache, welche ihm verpfändet ward, eine fremde war. Es kann z. B. seyn, daß ihm die verpfändete fremde Sache entwährt ward, und daß er Kosten davon hatte; ebenso kann es seyn, daß ihm die Sache zum Pfande hingegeben war, und daß er andre Forderungen an den Schuldner hatte, wegen welcher ihm kein Klagerecht zustand, derentwegen er sich jedoch an das Pfand hätte halten können, weil der Schuldner

10) De pignor. pars 7. membrum 3. n. 20.

11) Ad legem 2. D. de pign. act.

ner naturaliter verbunden war, die Forderungen zu tilgen, — wenn ihm die Sache als eine fremde nicht entwährt wor=den wäre [12]). Dergleichen nachtheilige Folgen also sind es, wofür der Gläubiger unter dem Titel: id, quod interest, Ersatz begehren kann, und wofür der Schuldner Ersatz zu leisten verbunden ist.

Wir haben gesehen, daß die Verpfändung dadurch nicht gültig wird, daß der wahre Eigenthümer Erbe des Schuld=ners wird. Aber da der Erbe in die persönlichen Verbind=lichkeiten des Erblassers eintritt, so ist er nun auch verbun=den, dem Gläubiger — nicht eine andre Sache zum Pfande einzuräumen, oder das Pfandrecht zu bestätigen, sondern eben=dazu, wozu auch der Erblasser verbunden war, nämlich, id, quod interest zu vergüten.

Zweierlei ist jedoch noch zu bemerken, ehe wir diese Ma=terie verlassen: 1) Daß der Schuldner sich von der Ver=bindlichkeit id, quod interest zu prästiren, dadurch losmachen

12) Die Glosse ad l. 32. D. de pign. act. führt, ausser dieser im Text aufgeführten zweiten, noch zwei andre nachtheilige Folgen auf, nämlich 1) daß der Gläubiger, dem die verpfändete fremde Sache ent=währt ward, nun kein Retentions=recht daran ausüben könne wegen chirographischer Forderungen, und 2) daß der Gläubiger, der nun genöthigt sey, sich der persönlichen Klage gegen den Schuldner zu be=dienen, Kosten davon habe. Beide aber gehören nicht hieher, da der Gläubiger wegen dieser Forderun=gen schon auf andere Art gedeckt ist. Zugleich ist zu bemerken, daß die Glosse an dieser Stelle das Recht auf Einräumung eines an=dern Pfandes nur als so etwas darstellt, was in dem id, quod interest, unter andern mitenthal=ten sey, wohingegen es ad legem 54. D. de fideijussor. als so et=was aufgeführt wird, worin das id, quod interest ausschließlich be=stehe, — und wie die Meinung des Accursius selbst es wohl eben nicht gewesen, daß dem Gläu=biger ein Recht auf Einräumung eines andern Pfandes zustehe, oder daß er doch seiner Sache nicht ge=wiß war; denn hier führt er es nur als eine Meinung Andrer an, ohne sich selbst weiter darüber zu äussern.

kann, wenigstens zum Theil, wenn er dem Gläubiger eine andre, und zwar eigne Sache von gleicher Beschaffenheit zum Pfande gibt [13]), und 2) daß der Gläubiger, welchem eine fremde Sache zum Pfande gegeben ward, berechtigt sey, die Hauptschuld einzuziehen, wenn er auch dem Schuldner, im Vertrauen auf die Sicherheit, welche das Pfand gewährt, auf längere Zeit Nachsicht gegeben haben sollte, falls dieser nicht bereit ist, ihm eine andre und eigne Sache von gleicher Beschaffenheit zum Pfande zu geben [14]). Auf solche Art wird für den Gläubiger gesorgt, ohne daß man nöthig hat, von der Regel des Rechts abzuweichen, oder einen Grundsatz aufzustellen, der dem Genius des römischen Rechts ganz fremd ist. —

Zusatz der zweiten Auflage.

Die hier geäusserte Meinung, daß der Schuldner verbunden sey, id, quod interest zu vergüten, daß darunter nicht grade die Hingabe eines andern, ebenso guten Pfandstücks zu verstehen sey, daß er sich aber durch Hingabe eines ebenso guten Pfandstücks von dieser Verbindlichkeit frei machen könne, läßt sich durch zwei Stellen im römischen Recht, die von ähnlichen Fällen handeln, vertheidigen. Nämlich wenn der Schuldner dem Gläubiger eine bestimmte Person als Bürgen zu stellen versprochen hat und diese die Bürgschaft nicht übernehmen will, so ist der Schuldner verbunden, entweder id, quod interest zu vergüten, oder einen andern, ebenso tüchtigen, Bürgen zu stellen.

13) Negusant a. a. O.

14) Dies Mittel gibt Schilter (Praxis juris Romani, Exerc. 25. §. 15.) dem Gläubiger an die Hand, welcher übrigens der gewöhnlichen Meinung, daß der Gläubiger die Einräumung eines andern Pfandes fordern könne, zugethan ist, und nebst Pagenstecher (Sicilimenta, manip. 3. p. 111.), der ihm beistimmt, mit Gründen dafür streitet, weshalb beider hier Erwähnung geschieht.

L. 14. §. 2. *D. de const. pec.*

Sed et si quis certam personam fidejussuram pro se constituerit, nihilo minus tenetur, ut Pomponius scribit. Quid tamen si ea persona nolit fidejubere? puto teneri eum, qui constituit: nisi aliud actum est. Quid si ante decessit? si mora interveniente, aequum est teneri eum, qui constituit, *vel in id, quod interest, vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem praestet:* si nulla mora interveniente, magis puto non teneri.

Ferner durch *L.* 9. *pr. D. Loc. Cond.*

Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit: ut ei praestetur, frui, quod conduxit, licere. Plane si dominus non patitur et locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam praestare: aequissimum esse ait, absolvi locatorem.

§. 30.

Rechte des Gläubigers aus Nebenverträgen, besonders vermöge des Pacti antichretici.

Die Verpfändung soll dem Gläubiger nur Sicherheit gewähren. Der Gläubiger ist daher an und für sich nicht befugt, die verpfändete Sache zu gebrauchen; vielmehr begeht er durch den Gebrauch derselben ein furtum (usus) im Sinn des römischen Rechts [1]). Ist die Sache von der Art, daß

1) §. 6. J. de obl. quae ex delicto nascuntur. L. 54. pr. D. de furtis.

sie Früchte gewährt, so ist der Gläubiger zwar befugt, die Früchte der verpfändeten Sache, deren Besitz er erlangt hat, zu beziehen, ja er ist dazu verbunden, denn er haftet sogar wegen der vernachlässigten Früchte [2]); allein die Früchte der verpfändeten Sache kommen nicht ihm, sondern dem Verpfänder, als Eigenthümer, zu gute. Der Gläubiger ist daher verbunden, dem Schuldner wegen der Früchte Rechnung abzulegen, ihren Werth auf seine Forderung abzurechnen (die Abrechnung darf er machen zuerst auf die Zinsen, dann auf das Capital) und wenn sie seine Forderung übersteigen, den Ueberschuß herauszugeben [3]).

Was hiernach bei Verpfändungen von Rechtswegen Statt findet, kann durch Nebenverträge zwischen dem Schuldner und Gläubiger anders bestimmt seyn. Dahin gehört namentlich die *antichresis* oder das *pactum antichreticum*. Das Wort *antichresis*, was aus der griechischen in die lateinische Sprache aufgenommen ist, und, der Etymologie nach, soviel als mutuus usus, Gegennutzung, bezeichnet, kommt in den Gesetzen in dreifacher Bedeutung vor. Es bezeichnet 1) den Vertrag, wodurch dem Gläubiger, statt der Zinsen, die Benutzung einer Sache des Schuldners eingeräumt ist [4]); 2) das durch einen solchen Vertrag erlangte Nutzungsrecht des Gläubigers; 3) die Sache selbst, deren Benutzung dem Gläubiger eingeräumt ist [5]). Die antichresis, die hier nun für pactum antichreticum gebraucht wird, kann als pactum adjectum bei Verpfändungen vorkommen; es kann bedungen werden, der Gläubiger solle die verpfändete Sache benutzen

2) L. 3. C. de pign. act.

3) L. 1. L. 2. et L. ult. C. de pign. act. L. 1. C. de distr. pign. L. 2. C. de partu pign. et omni causa.

4) L. 11. §. 1. D. de pignor.

5) L. 33. D. de pign. act.

und die Früchte davon genießen, an Stelle der Zinsen. (Es kann auch bedungen werden, der Gläubiger solle die verpfändete Sache benutzen, und die Früchte davon genießen, um sich wegen des Capitals dadurch bezahlt zu machen [6]). Dies kann aber nicht antichresis genannt werden). Durch diese Verbindung des Pfandcontracts mit dem pacto antichreseos entsteht der Begriff eines *pignoris* antichretici. Es ist aber das pactum antichreseos dem Pfandcontract nicht ausschließlich eigen, sondern kann auch ausserdem eingegangen werden, ohne daß dem Gläubiger zugleich die Sache verpfändet würde, deren Früchte er in vicem usurarum genießen soll. Von einem solchen Fall spricht die L. 11. §. 1. D. de pignor. et hyp.

> Si *ἀντιχρησις* facta sit — *id est, mutuus pignoris usus pro credito* [7]) — et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem *pignoris loco*, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat, aut locando aut ipse percipiendo habitandoque; itaque si amiserit possessionem, solet *in factum actione* uti.

Der Rechtsgelehrte nimmt hier den Fall an, da der Gläubiger dem Schuldner ein Capital zur Benutzung, dieser ihm dagegen eine Sache, um die Früchte derselben, statt der Zinsen, zu genießen, eingeräumt hat; er nennt dies Geschäft eine antichresis, spricht dem Gläubiger ein Retentionsrecht an jener Sache bis zu seiner Befriedigung zu, und wenn er den Besitz vorher verloren hat, eine actio in factum gegen den Schuldner, d. h. eine actio in factum praescriptis ver-

6) L. 39. D. de pign. act.

7) Dieser erklärende Zusatz, den die Vulgata hat, ist, wie mit Sicherheit angenommen werden kann, ein bloßes Glossem, s. *LAUTERBACH* diss. de jure antichreseos Th. 2.

bis, wie sie aus unbenannten Contracten entsteht, zu denen der eingegangene zu rechnen war [8]). Gewöhnlich kömmt aber der Vertrag nur als pactum adjectum bei Verpfändungen vor. —

Ist nun eine Sache sub pacto antichreseos verpfändet, so steht dem Gläubiger das Recht zu, die Früchte der Sache zu gewinnen, und sie sich durch Perception zu eigen zu machen; er ist auch befugt, dieses Recht andern zur Ausübung zu überlassen, z. B. durch Verpachtung [9]).

Eine streitige Frage ist es, ob und wie weit bei diesem Vertrage auf das gesetzliche Maaß der Zinsen Rücksicht zu nehmen sey. Die Rechtsgelehrten theilen sich hierüber in mehrere Partheien. Einige nehmen an, wie das Nutzungsrecht des Gläubigers unter allen Umständen auf das gesetzliche Quantum der Zinsen beschränkt sey [10]). Andre behaupten, daß auf das gesetzliche Quantum der Zinsen beim pacto antichretico, der Regel nach, gar keine Rücksicht zu nehmen sey, es sey denn, daß der Vertrag zur Bedeckung eines unerlaubten Zinswuchers habe dienen sollen [11]). Noch andre machen einen Unterschied zwischen fructibus certis und incertis [12]), und diese Meinung scheint im Ganzen die richtige zu seyn.

Was die Gesetze im Allgemeinen von Zinsen verordnet

8) S. *Huber* Eunomia Romana. Lib. XX. ad legem 11. §. 1. D. de pign. §. 2. p. 726 seq.

9) L. 11. §. 1. D. de pign.

10) Z. B. *Menken* diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum, Lipsiae 1745. Ant. *Schulting* theses contr. Decad. LXXIX. th. 10.

11) Wie *Kemmerich* diss. de creditore antichretico rationes non reddente, Jenae 1735.

12) Wie *Cocceji* jur. civ. controv. tit. de pign. act. qu. 5. Westphal im Pfandrecht §. 65. *Hofacker* Princ. jur. Rom. tom. II. §. 571.

haben, daß sie ein gewisses bestimmtes Maaß nicht übersteigen sollen, müßte auch in dem Fall gelten, wenn der Gläubiger die Zinsen vom Schuldner nicht unmittelbar empfängt, sondern an Stelle dessen auf die Früchte einer Sache angewiesen wird. Es kann dies auch wirklich in dem Fall keinen Zweifel leiden, wenn der Gläubiger auf gewisse bestimmte Einkünfte angewiesen wird, die er an Stelle der Zinsen erheben soll. Allein, was solche Früchte betrifft, deren Existenz und Größe ungewiß ist, wie dies namentlich bei liegenden Gründen der Fall ist, deren Ertrag nach den Jahren abwechselt, und von mancherlei zufälligen Ereignissen abhängt, so kann hier „propter incertam fructuum quantitatem“ von keinem gesetzlichen Zinsfuß die Rede seyn [13]). Der Gläubiger muß es sich gefallen lassen, wenn er gar keine Früchte, und also auch keine Zinsen erhält, oder weniger, als das gesetzliche Quantum der Zinsen beträgt; ihm kömmt es dagegen auch zu gute, wenn er mehr erhält; — es ist dies ein Hoffnungsspiel. Wäre dies nicht, so müßte auch in diesem Fall das gesetzliche Quantum der Zinsen Maaß geben. Denn bekanntlich brauchen die Zinsen, namentlich einer Geldschuld, nicht auch in Gelde, sie können auch in alia re, z. B. in natürlichen Früchten bestehen [14]), und ob der Gläubiger jene Früchte selbst percipirt, wie dies bei der antichresis der Fall und für sie charakteristisch ist, oder ob er bereits percipirte bloß entgegennimmt, könnte an sich und ohne jene Rücksicht keinen Unterschied machen.

Ausnahmen, worin auch selbst bei fructibus incertis auf das gesetzliche Quantum der Zinsen Rücksicht zu nehmen, würden nur seyn, 1) wenn etwa ausdrücklich bedungen wäre, der Gläubiger solle nur soviel an Früchten genieſſen, als das

13) L. 17. C. de usuris. 14) L. 16. Cod. de usuris.

gesetzliche Quantum der Zinsen beträgt [15]), oder 2) wenn unter dem pacto antichretico in fraudem legis eine usuraria pravitas versteckt worden wäre.

Im Uebrigen versteht es sich von selbst, daß, wenn einmal von fructibus incertis die Rede ist, es nicht darauf ankommen könne, ob der Gläubiger die fruchttragende Sache unmittelbar benutzt, oder ob er das erlangte jus fruendi einen andern, z. B. einen Pächter, an den er das Grundstück verpachtet, ausüben läßt.

In den Fällen, wo der antichretische Pfandgläubiger auf das gesetzliche Quantum der Zinsen beschränkt ist, ist er verbunden, über die percipirten Früchte Rechnung abzulegen, und den Ueberschuß jedes Jahr auf das Capital abzurechnen, woraus denn die Folge entsteht, daß eben dadurch in jedem folgenden Jahr die Zinsen verringert werden. In dem entgegengesetzten Fall legt er keine Rechnung ab, und alle Früchte kommen ihm zu gute, wie viel oder wie wenig er auch gewonnen haben mag.

Von dem Pfandgläubiger, der vermöge des pacti antichretici die verpfändete Sache ohne Berechnung benutzt, nimmt Leyser [16]) an, er sey, gleich einem Usufructuar, verbunden, die öffentlichen Lasten, welche von der verpfändeten Sache zu entrichten sind, selbst ausserordentliche, zu tragen; er habe auch so wenig, als ein Usufructuar, das Recht, Ausgaben, welche er auf die Erhaltung der verpfändeten Sache verwandte, zurückzufordern.

15) *L.* 1. §. 3. *D. de pign. et hyp.* Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae: Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem minore foenore non soluto, *legitimae majores usurae* stipulanti recte promitti potuerunt.

16) Spec. 157. med. 7—9.

Allein diese Behauptung läßt sich schwerlich rechtfertigen. Den Gesetzen zufolge fallen die onera rei und das onus reficiendi dem Gläubiger nicht, sondern dem Schuldner, als Eigenthümer, zur Last, und die Gesetze haben für den Fall des pignoris antichretici keine Ausnahme gemacht. Der Pfandgläubiger hat zwar, gleich dem Usufructuar, ein dingliches Recht an der Sache, aber er genießt die Früchte einer verpfändeten Sache nicht als solcher, sondern vermöge eines durch das pactum adjectum antichreseos erlangten persönlichen Rechts. Er ist daher nicht sowohl einem Usufructuar, sondern vielmehr einem Pächter gleich zu achten [17]); das Pachtgeld besteht hier in den Zinsen, die der Gläubiger hätte erlegen müssen, und von denen man im Allgemeinen nicht anzunehmen berechtigt ist, daß zwischen ihnen und der Größe der Früchte eine Ungleichheit zum Besten des Gläubigers festgesetzt seyn sollte.

Es ist übrigens von dieser Materie noch Folgendes zu bemerken:

1) Hat Jemand einem Andern Geld geliehen, ohne sich Zinsen dafür versprechen zu lassen, der Schuldner hingegen dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Unterpfande eingeräumt, ohne daß wegen der Früchte etwas verabredet wäre, so ist der Gläubiger berechtigt, von den Früchten sich soviel zuzueignen, als das gesetzliche Quantum der Zinsen beträgt [18]); er ist also auch verbunden, der Früchte wegen Rechnung abzulegen. Die Doctrin nennt dies eine antichresis tacita.

17) *WULFRADT* diss. de acquisitione fructuum, §. ult.

18) *L.* 8. *D. In quibus causis pignus.* Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere.

2) Von dem Fall einer antichresis, scheint es, müsse man noch unterscheiden, wenn eine Sache zum Unterpfande eingeräumt ist, die keine eigentlichen Früchte hervorbringt, und deren bloßer *usus* dem Gläubiger statt der Zinsen dienen soll. Wenn dann der Gläubiger sich auf Selbstgebrauch beschränkt, und keine bürgerlichen Früchte durch Vermiethen von der Sache bezogen hat, so kömmt es nicht darauf an, ob für die Sache ein höherer Miethzins hätte erhoben werden können, als das gesetzliche Quantum der Zinsen beträgt.

L. 14. *C. de usuris.*

Si ea pactione uxor tua pecuniam mutuam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quaestionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum foenus esse contractum sed vilius conducta habitatio videtur. —

Die Stelle spricht zwar nur im Allgemeinen von einem solchen, dem Gläubiger an Stelle der Zinsen eingeräumten usus, es kann aber keinen Unterschied machen, ob die Sache dem Gläubiger noch ausserdem verpfändet ist oder nicht.

§. 31.

II) Pflichten des Pfandgläubigers.

Der Gläubiger ist 1) verbunden, sobald er völlig befriedigt ist, oder überhaupt sobald das Pfandrecht aufgehört hat [1]), — wenn er nicht etwa wegen andrer Forderungen,

1) L. 9. §. 3. D. de pign. act. L. 3. C. de luit. pign.

als wofür ihm das Pfandrecht zustand, die Sache zurückzubehalten befugt ist, ob legem un. C. Etiam ob chirographariam pecuniam — die verpfändete Sache in specie zu restituiren. Von dieser Verbindlichkeit befreit ihn nicht die Einrede, daß das Pfand einem Dritten eigenthümlich gehöre, denn a) würde dies exceptio de jure tertii seyn, und b) gilt die Verpfändung einer fremden Sache unter den Contrahenten. Ja, auch durch den Einwand, daß die verpfändete Sache ihm selbst gehöre, kann er sich der Verbindlichkeit der Restitution nicht entziehen [2]). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß er vom Schuldner nicht mit der Eigenthumsklage, sondern mit der Klage aus dem Contract belangt wird, und daß der Grund der Klage von ihm zugestanden oder erwiesen, sein Eigenthum aber noch illiquid ist. (Ist sein Eigenthum klar und auſſer Streit, so würde hier die Regel Anwendung finden, dolo facit, qui petit, quod redditurus est [3]).) Unter diesen Voraussetzungen ist er verbunden, die Sache zuvörderst zu restituiren, und dann sein Eigenthum in separato auszumachen [4]). Dies dürfte jedoch auf den Fall nicht anzuwenden seyn, wenn der Beklagte nicht bloß im Allgemeinen behauptet, ihm stehe das Eigenthum des Pfandes zu, sondern wenn er seine Vertheidigung darauf baut, daß er schon zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer gewesen sey. Denn unter dieser Voraussetzung konnte ihm die Sache gar nicht verpfändet werden. Die Verpfändung einer Sache, die dem Gläubiger eigenthümlich gehört, ist ungültig [5]), und also ohne

2) *Arg. L. 25. C. de locat. cond.* Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere et tunc de proprietate litigare debet.

3) L. 8. pr. D. de doli mali et metus exc.

4) Webers Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einreden, 2s und 3s Stück, S. 85 u. folg.

5) Neque *pignus*, neque de-

rechtliche Folgen, und der Gläubiger kann aus einem Contract nicht belangt werden, — der gar keiner ist. 2) Der Pfandgläubiger, welcher verbunden ist, die verpfändete Sache in specie und so, wie er sie empfing, zu restituiren, darf die verpfändete Sache nicht zerstören, noch beschädigen, weder vorsätzlich, noch unvorsätzlich, indem er handelt, und nicht mit der gehörigen Vorsicht zu Werke geht (culpa in committendo); er ist vielmehr verbunden, sich um die Erhaltung der Sache in ihrer Integrität thätig zu bemühen, oder auf die Erhaltung der Sache Sorgfalt zu verwenden, und haftet also auch für Schaden, welcher durch Unterlassung dieser Pflicht (culpa in omittendo) entsteht. Thätig zu seyn für die Erhaltung der Sache in ihrer Integrität, das ist es, wozu ihn der Vertrag mit dem Schuldner, und überhaupt das Verhältniß, worin er zu dem Schuldner steht, wenn er den Besitz der Sache erlangt hat, verbindet; hingegen die Sache nicht vorsätzlich oder durch culpa in committendo zu beschädigen, ist etwas, dessen er sich auch ausser dem Contract nicht würde schuldig machen dürfen.

Eine sehr schwierige Frage ist es, für welchen Grad der culpa der Gläubiger verantwortlich sey? — Es gibt zuvörderst mehrere gleichgültige Gesetzstellen, die nur im Allgemeinen die Verbindlichkeit des Pfandgläubigers aussprechen, den verschuldeten Schaden zu ersetzen, und daher, was den Grad der culpa betrifft, aus andern Stellen zu interpretiren und zu ergänzen sind. Dahin gehören:

1) *L. 7. C. de pign. act.*

Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus positum, neque precarium, neque emtio, neque locatio conductio rei suae consistere potest. *L. 45. D. de R. J.*

domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit: eo quoque nomine pignoratitia tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat, tempore obligationis. Creditor autem necessarios sumtus, quos circa res pignoratitias fecit, exigere non prohibetur.

2) *L.* 5. *C. eod.*

Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur. Sed si culpae reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus, se perdidisse: quanti debitoris interest, condemnari debet.

3) *L.* 8. *C. eod.*

Si nulla culpa sive segnitia creditori imputari potest: pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora, ut adseveras, a parte diversa possidentur: adversus eum experiri potes.

4) *L.* 24. §. 3. *D. eod.*

In pignoratitio judicio venit, et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. —

Dieſe Stellen laſſen die Frage, für welchen Grad der culpa der Gläubiger verantwortlich ſey, unentſchieden.

Nach der gewöhnlichen Meinung der älteren Rechtsgelehrten iſt es culpa levis, welche der Gläubiger zu vertreten hat. Crell nimmt an, der Gläubiger hafte für culpam levissimam, und ſucht ſeine Meinung theils durch die eben angeführten Geſetzſtellen, theils durch andre, welche den Gläubiger vom Erſatz des durch bloßen casus entſtandenen Scha-

dens frei sprechen, zu beweisen [6]). Schömann unterscheidet, ob die Sache durch culpa beschädigt oder gänzlich zu Grunde oder verloren gegangen ist, und läßt in diesem Fall den Gläubiger für den geringsten Grad der Schuld, in jenem für culpa levis verantwortlich seyn.

Nach der Meinung mehrerer ältern Rechtsgelehrten, namentlich des Doneau, und der neuern Rechtsgelehrten, an deren Spitze Thibaut steht [7]), dann besonders Hasse [8]), denen andre gefolgt sind, unterscheiden die Gesetze nur zwei Grade von culpa, nämlich lata und levis; es gibt keine culpa levissima, die von der levis verschieden wäre; die letztere macht schon den höchsten Grad der Verschuldung aus; der Ausdruck culpa levissima — der bekanntlich nur ein einziges Mal vorkömmt — ist nur ein andrer Ausdruck für diesen höchsten Grad der Verschuldung (das kleinste Versehen ist freilich auch ein geringes), und was in einigen Stellen paterfamilias *diligens* genannt wird, wird an andern durch *diligentissimus* bezeichnet; beide Ausdrücke sind von gleicher Bedeutung.

Diese Theorie hat den Vorzug, daß sie das ganze System über die culpa sehr vereinfacht; ihre Richtigkeit bewährt sich besonders auch im Pfandrecht.

Der Gläubiger ist verbunden, die ihm verpfändete Sache so zu behandeln, wie ein guter Wirth die seinige.

L. 14. *D. de pign. act.*

Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

6) *Crell* obs. de custodia et periculo pignoris, in Diss. et Progr. Crell. fasc. tertio nro. XVI.

7) System des Pandectenrechts §. 250.

8) Die Culpa des römischen Rechts, Kiel 1815.

Läßt er es an dieser Sorgfalt mangeln, so fällt ihm zur Last, was im römischen Recht gewöhnlich gemeint ist, wenn culpa simpliciter gebraucht wird, nämlich levis; culpa levis ist es, wofür er verantwortlich ist. Die Verpfändung gereicht nämlich nach Ulpian beiden zum Vortheil, dem Gläubiger, indem sie ihm Sicherheit, dem Schuldner, indem sie ihm Zutrauen verschafft. Dem ist nun zwar, wenn man es genau nehmen will, nicht also. Die Verpfändung, an und für sich betrachtet, gereicht bloß zum Vortheil des Gläubigers [9]). Indessen ist jene Ansicht nun einmal die gesetzliche.

L. 5. §. 2. *D. Commodati. Ulpianus.*

Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, in locato, in dote, *in pignore*, in societate, et dolus et *culpa* praestatur [10]). Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mutii sententia, existimantis, et culpam praestandam et diligentiam.

Und weiter heißt es §. 5. — was wir hier gleich mitnehmen wollen —

— Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem praestare debet.

9) Es ist vollkommen richtig, was Crell in der angeführten Dissertation §. 3. bemerkt. Immo vero certissimum est, si de subtili jure civili disputemus, nunquam omnino in pignore debitoris utilitatem versari; sed solius duntaxat creditoris. Separandi enim sunt duo contractus: alter, quo debitum contrahitur, qui potest utriusque commoditatem continere: alter accessorius pignoris, quo id agitur, ut pignus, soluto debito, in specie restituatur, qui ob solius creditoris utilitatem, seu, ut *JUSTINIANI* verbis utar, quo magis in tuto ipsi sit creditum, initur.

10) Der bloße Ausdruck, daß Jemand für culpa hafte, wenn kein beschränkender Zusatz folgt, muß natürlich schon andeuten, daß es auf den Grad nicht ankomme, m. a. W. daß Jemand für jede Verschuldung haften müsse.

Daß culpa levis zu leisten sey, sagt das Gesetz; es kann indessen durch Vertrag etwas Anderes bestimmt seyn; dann geht es nach dem Vertrage [11]).

Besonders erhellet auch, daß der Gläubiger jede Verschuldung vermeiden und jede verantworten müsse, aus demjenigen, was von der custodia gelehrt wird. Der Gläubiger ist verbunden, diligentiam custodiendae rei oder custodiam simpliciter zu leisten. Custodia ist thätige Sorgfalt, angewandt auf die Erhaltung einer Sache in ihrer Integrität, oder das Hüten und Bewahren einer Sache vor Untergang, Verlust, Verschlimmerung [12]). Namentlich ist der Gläubiger verantwortlich, wenn die Sache gestohlen ward oder durch Entwendung verloren ging, weil er sie nicht sorgfältig genug gehütet oder verwahrt hat [13]). Daß es auf den Grad der culpa hiebei nicht ankomme, beweisen folgende Gesetzstellen:

1) *L.* 19. *C. de pign.*

Sicut vim majorem creditor praestare non habet necesse; ita et dolum et culpam, *sed et custodiam exhibere cogitur.*

Custodia simpliciter gebraucht ist diligentia custodiendae rei in summo gradu [14]), oder was an einer Stelle [15]) custodia *plena* genannt wird.

2) Be-

11) L. 23. D. de reg. jur.

12) Auf ähnliche Art bestimmt den Begriff der custodia Gensler (Exercit. jur. civ. ad doctrinam de culpa. Ex. IV. §. 1.)

13) *L.* 14. §. 16. *D. de furtis.* Puto omnibus, *quorum periculo res alienae sunt*, veluti commodatae, item locatae, *pignorisve nomine acceptae*, si hae subreptae sunt, omnibus furti actiones competere. Vorher §. 6. heißt es: Si culpa mea servus mihi pignori datus subtractus sit, agere potero furti, quia interest, eo, quod teneor pignoratitia actione.

14) S. Theophilus Paraphr. über §. 3. I. de contrah. emt.

15) L. 2. §. 1. D. de per. et com. rei vend.

2) Besonders §. 4. *J. quibus modis re contrah. obl.* Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam custodiendam exactam diligentiam adhibeat; quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

Daß, zufolge dieser Gesetzstelle, der Grad der culpa nicht in Betrachtung zu ziehen sey, erhellet einmal aus dem Gegensatz zwischen der diligentia custodiendae rei und dem casus fortuitus, und zweitens daraus, daß der Ausdruck exacta diligentia gebraucht wird. Dieser Ausdruck hat *vim superlativi.* Kurz zuvor, §. 2. *J. eod.*, ward vom Commodatar gesagt:

At is, qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam* custodiendae rei praestare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit; alioquin si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis.

Auch die bereits oben angeführte Stelle aus Ulpian's Schriften L. 13. §. 1. D. de pign. act. könnte hier zum Beweise angeführt werden, wenn sich mit Sicherheit anneh-

men ließe, daß die Worte ut in commodato mit venit et custodia zusammengehören.

Da der Pfandgläubiger verbunden ist, thätig zu seyn, um die Sache in ihrer Integrität zu erhalten, so ist es ihm nicht erlaubt, die jura verpfändeter Grundstücke, die Prädialservituten, unbenutzt zu lassen; er ist verbunden, sie auszuüben, und ist verantwortlich, wenn sie durch Non-usus verloren gegangen sind. Auch dies gehört zur custodia, und darum geschieht auch hier des Grades der culpa keine Erwähnung.

L. 15. *D. de pign. act.*

Creditor, cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere; et si praedium fuit pigneratum, et de jure ejus repromittendum est, ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissae sint.

Wenn Schömann [16]) behauptet, daß custodia sich nur auf gänzlichen Verlust und Untergang der Sache, nicht aber auf Beschädigung beziehe, und daß custodia ohne Rücksicht auf den Grad der culpa zu prästiren sey, so ist er den Beweis, daß custodia in einer so eingeschränkten Bedeutung zu nehmen sey, schuldig geblieben, der aufgestellte Unterschied selbst aber zwischen gänzlichem Untergang und Beschädigung ist theils unphilosophisch, theils unrömisch; unphilosophisch, denn was ist Beschädigung anders, als partielle Zerstörung der Sache; unrömisch, nam non videtur res reddita, quae deterior redditur [17]).

Was in dieser Materie nur zweifelhaft seyn möchte, scheint Folgendes zu seyn.

An und für sich kann es bei Entscheidung der Frage,

16) Handbuch des Civilrechts, Theil, 1. S. 248 u. folg.

17) L. 3. §. 1. D. Commodati. L. 13. §. 1. D. de verb. sign.

ob Jemand verschuldet sey, nicht darauf ankommen, wie Jemand in seinen eignen Angelegenheiten zu handeln, wie er mit seinen eignen Sachen Haus zu halten gewohnt ist, sondern er ist verbunden, auf fremde Sachen nnd deren Erhaltung Sorgfalt zu verwenden, und wenn er es hieran fehlen läßt, so ist er verbunden, den Schaden zu ersetzen, wenn er auch in seinen eignen Sachen ebenso nachlässig oder nachlässiger zu verfahren pflegt. Es kann überhaupt auf das angewandte Quantum der Sorgfalt nicht ankommen; solange nur noch eine größere Sorgfalt möglich war, muß er den Schaden ersetzen, der durch deren Unterlassung entstanden ist. Auch nach römischem Recht kann dieser Grundsatz als Regel gelten. Indessen gibt es einige Geschäfte, in denen es nach römischem Recht genug ist, wenn Jemand auf die fremden Geschäfte oder Sachen so große Sorgfalt verwendet, als er auf seine eignen zu verwenden gewohnt ist. Es gehören dahin namentlich die Societas [18]), die Vormundschaft [19]). Auch der Ehemann findet Entschuldigung, wenn er auf Sachen, die zum Brautschatz gehören, nur so große Sorgfalt, wie auf seine eignen verwendet [20]). Nicht weniger, wer gemeinschaftliche Geschäfte, z. B. als Miterbe, verwaltet hat [21]). Andre Fälle gibt es, in denen die Gesetze ausdrücklich bemerken, es sey nicht genug, daß Jemand soviel Sorgfalt, wie in eignen Angelegenheiten, angewandt habe; er sey verantwortlich, wenn nur irgend ein andrer eine größere angewandt haben würde. Dahin gehört namentlich die negotiorum gestio [22]) und das

18) L. 72. D. pro socio. §. 9. J. de societate.

19) L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. Hasse die Culpa des römischen Rechts §. 71.

20) L. 17. pr. D. de jure dotium. L. 24. §. 2. D. eod. L. 11. C. de pactis conv.

21) L. 25. §. 16. D. fam. ercisc.

22) §. 1. J. in fine de obl. quae quasi ex contr. nasc.

Commodat [23]). Hätte Jemand auch in Fällen dieser Art nach seiner Art den höchsten Fleiß angewandt, so ist er nicht entschuldigt, wenn ein andrer einen noch größern angewandt haben würde. Es entsteht nun die Frage, zu welcher von beiden Klassen die Verpfändung zu rechnen sey. Wird bei der Beurtheilung der Frage, ob der Gläubiger verschuldet und den Schaden zu ersetzen verbunden sey, auf das Individuum und dessen gewöhnliche Art zu handeln Rücksicht genommen oder ist diese Rücksicht hier ausgeschlossen? Es scheint, daß auch der Pfandgläubiger nur verantwortlich sey, wenn er nicht auf seine Art den höchsten Fleiß angewandt hat. Denn Ulpian in der angeführten Stelle — L. 5. §. 2. D. Commodati — setzt das Commodatum, ein Geschäft, woraus der Vortheil bloß auf einer Seite, nämlich auf Seiten des Empfängers ist, andern Geschäften, woraus für beide Theile Vortheile entspringen, und darunter namentlich der Verpfändung, entgegen, und nachdem er bemerkt hat, daß bei diesen Geschäften, ausser dem Dolus, auch culpa zu leisten sey, sagt er vom Commodat, hier sey culpa zu leisten und auch *diligentia*. Daraus scheint durch ein argumentum a contrario zu folgen, daß nur der Commodatar für den geringsten Grad der Verschuldung in abstracto hafte und nur bei ihm darauf keine Rücksicht zu nehmen sey, wie er in seinen eignen Sachen zu handeln gewohnt ist, und daß in dieser Hinsicht zwischen ihm und dem Pfandgläubiger ein Unterschied sey. Denn die Ausschliessung aller Rücksicht auf die gewohnte Art des Individui, in seinen eignen Sachen zu handeln, wird im römischen Recht dadurch ausgedrückt, daß es heißt, Jemand habe nicht bloß für dolus und culpa aufzu-

23) L. 1. §. 4. D. de obl. et act.

kommen, sondern müsse auch *diligentiam* leisten [24]). Dies scheint durch das, was Cajus lehrt, bestätigt zu werden.

L. 18. *pr. D. Commodati.*

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. — — Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. *Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit: ut ita fiat culpae aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.*

Der ganze Zusammenhang dieser Stelle, besonders auch die Schlußworte derselben, der Umstand, daß in Hinsicht auf den zu leistenden Grad der Verschuldung verpfändete Sachen den zum Brautschatz gegebenen gleichgestellt werden — welches auch an einem andern Ort geschieht, nämlich in einer Stelle des Modestinus, die uns der Verfasser der Vergleichung der römischen mit den mosaischen Gesetzen aufbewahrt hat [25]) — scheinen anzudeuten, daß der Gläubiger nur culpam levem in concreto zu leisten habe.

Dem steht nun aber wieder entgegen, daß in andern Fällen, in welchen doch auch der Vortheil aus dem Geschäft auf beiden Seiten ist, culpa levis in abstracto geleistet wird, namentlich beim Kaufcontract [26]). Besonders aber kömmt

24) Hasse, die Culpa des römischen Rechts §. 64. Seufert Erört. 1. Abtheil. S. 111. 112.

25) Tit. 10. lib. 1.

26) *L.* 3. *D. de periculo et com. rei vend.* Custodiam autem

in Betrachtung, was Ulpian in einer Stelle lehrt, wo nicht bloß beiläufig, sondern hauptsächlich oder vielmehr ausschließlich die Rede davon ist, für welchen Grad der Verschuldung ein Pfandgläubiger hafte.

L. 13. §. 1. *D. de pign. act.*

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, *ut in commodato.* Venit et custodia. *Vis major non venit* [27]).

Also haftet der Pfandgläubiger für jede Verschuldung auf eben die Art, wie derjenige, dem eine Sache geliehen ist; nur unvermeidliche Gewalt entschuldigt ihn.

Den ältern Rechtsgelehrten, welche drei Grade der Culpa annahmen und den Pfandgläubiger für culpa levis, den Commodatar in ihrer „*culpa levissima*“ für im höhern Grade verantwortlich hielten, mußte diese Stelle sehr anstößig scheinen; sie suchten selbige zum Theil durch bloße Vermuthungen über andre Lesarten, durch Versetzung der Trennungszeichen oder auf andre Weise, doch immer auf eine wenig befriedigende Art, mit ihrer Theorie in Einklang zu bringen [28]). Nimmt man an, daß es nach römischem Recht nur zwei verschiedene Grade der Verschuldung gibt, so verschwinden alle Schwierigkeiten.

Zu bemerken ist noch dies: Was von jedem andern

venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

27) An diese Stelle des Ulpian schließt sich die oben angeführte Aeusserung des Paulus an: Ea igitur, quae diligens paterfamilias in rebus suis praestare solet, a creditore exiguntur.

28) Die Richtigkeit der gewöhnlichen Lesart wird durch die Basiliken bestätigt. Tom. 4. lib. 25. tit. 1. p. 6.

Pfandgläubiger in Ansehung des Quanti der anzuwendenden Sorgfalt gilt, gilt nicht von einem Gläubiger, der durch Immission ein prätorisches Pfandrecht erlangt. Für diesen gibt es eigne Regeln; er haftet nur für dolus, und also auch für culpa lata [29]).

Für den Untergang, den Verlust, die Verschlimmerung der Sache durch casus haftet kein Pfandgläubiger; der casus trifft vielmehr den Schuldner, als Eigenthümer seiner Sache [30]). Dann haftet jedoch der Gläubiger für casus,

29) L. 9. §. 5. D. de rebus auct. jud. poss.

30) *L.* 43. §. 1. *D. de pign. act.* Titius, cum pecuniam mutuam accepit a Gago Sejo sub pignore culleorum, istos culleos cum Sejus in horreo haberet, missus ex officio annonae centurio culleos ad annonam sustulit: ac postea instantia Gagi Seji creditoris recuperati sunt. Quaero, intertrituram, quae ex operis facta est, utrum Titius debitor, an Sejus creditor agnoscere debeat? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, ob id, quod eo nomine intertrimenti accidisset, non teneri. Der Schuldner hatte dem Gläubiger lederne Schläuche, culleos, dergleichen zur Aufbewahrung des Weins, Getreides u. s. w. gebraucht wurden, zum Pfande übergeben. Diese wurden darauf vom Proviantamt, mit einem modernen Ausdruck, in Requisition gesetzt und aus der Niederlage weggenommen. Auf Anhalten des Gläubigers wurden sie ihm zwar zurückgegeben, waren aber beim Gebrauch durch Abreiben oder Abscheuern (intertritura) beschädigt worden. Da der Gläubiger hiebei ausser Schuld war, traf der Schade billig den Eigenthümer. Westphal im Pfandrecht §. 24. Note 41. *L.* 6. *C. de pign. act.* Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est), nullo bonae fidei judicio praestantur; et ideo creditor pignora, quae hujusmodi casu interierint, praestare non compellitur: nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. *L.* 9. *C. eod.* Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit. Cum igitur adseveras, in horreo pignora deposita, consequens est, secundum jus perpetuum pignoribus debitori pereuntibus (si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere.

wenn dieser durch vorhergegangene Verschuldung entstanden, also Schuld mit Zufall vermischt ist [31]).

Andre Pflichten des Pfandgläubigers, als nämlich, wenn er das Pfand verkauft hat, die hyperocha herauszugeben, wenn er beim Verkauf nicht bona fide zu Werke gegangen, id, quod interest, zu prästiren, wenn er ein Früchte tragendes Pfand in Besitz hatte, wegen der Früchte Rechnung abzulegen u. s. w., ergeben sich aus dem Vorhergehenden.

§. 32.

Die Lex commissoria, bei Verpfändungen ein unerlaubter Nebenvertrag.

Solange der Gläubiger das Pfand noch nicht verkauft hat, oder solange es demselben noch nicht gerichtlich zugeschlagen ist (und von da an bei Pfändern, die durch Vertrag, Testament, Gesetz, verhaftet sind, zwei Jahre verstrichen sind), kann der Schuldner gegen Bezahlung der Schuld das Pfand immer zurückfordern, und der Gläubiger ist unter dieser Voraussetzung immer verbunden, es zu restituiren. Selbst die lex commissoria, welche etwa zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner eingegangen ist, kann hier nicht zum Hinderniß gereichen.

Unter Lex commissoria wird überhaupt diejenige Nebenbestimmung eines Vertrags verstanden, wodurch Jemand gewissen Rechten entsagt, oder den andern einer gewissen Verbindlichkeit entläßt, auf den Fall, daß er binnen einer bestimmten Zeit seiner Verbindlichkeit nicht nachgekommen seyn wird [1]). Hier in der Materie des Pfandrechts wird unter

31) L. 30. D. de pign. act.

1) *HELLFELD* Jurispr. for. §. 869.

Lex commissoria derjenige Nebenvertrag verstanden, wodurch bedungen wird, daß, wenn der Schuldner die Schuld nicht zur bestimmten Zeit tilgen würde, das Pfand dem Gläubiger für die Schuld verfallen, also der Schuldner des Rechts, das Pfand einzulösen, verlustig und der Gläubiger der Verbindlichkeit, das Pfand gegen Bezahlung der Schuld zu restituiren, entledigt seyn solle.

Die Lex commissoria ist nun, zufolge eines Edicts Kaisers Constantin des Großen ad populum, bei Verpfändungen ein unerlaubter und verbotener Nebenvertrag [2]).

Das Gesetz verbietet legem commissoriam bei Verpfändungen, ohne den Begriff derselben zu bestimmen. Die Vergleichung desselben mit andern Gesetzstellen, und zwar mit L. 16. §. ult. D. de pign. und L. ult. D. de contrah. emt. nöthigt uns aber, den Begriff der Lex commissoria bei Verpfändungen so, wie geschehen, oder, wenn man will, so enge, wie geschehen, festzusetzen.

Der Grund des Gesetzes besteht darin: Der Schuldner, um dem Druck der gegenwärtigen Noth und Verlegenheit, worin er sich befindet, ein Ende zu machen, läßt sich leicht eine so harte Bedingung gefallen, indem er die Hoffnung nährt, daß er im Stande seyn werde, vor dem bestimmten Termin Zahlung leisten zu können, worin er sich jedoch nicht selten getäuscht sieht. Auf solche Art gelingt es dem habsüch-

2) *L. ult. C. de pactis pignorum et commissoria lege in pignoribus rescindenda.* Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt.

tigen Gläubiger, das Eigenthum des Pfandes zu erlangen, was gewöhnlich weit mehr werth ist, als die Schuld, wofür es verpfändet wird, und also aus der Noth des Schuldners den beabsichtigten ungebührlichen Vortheil zu ziehen [3]). Das Letztere scheint das Gesetz besonders zu berücksichtigen, wie gleich die ersten Worte desselben ergeben.

Aus demselben Grunde ist auch unerlaubt der Nebenvertrag zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger, wodurch bedungen wird, daß bei verzögerter Zahlung das Pfand dem Gläubiger für einen andern, schon jetzt bestimmten Preis verkauft seyn solle. Es ergibt sich dies durch ein argumentum a contrario aus der L. 16. §. ult. D. de pignor. [4]).

Auf der andern Seite ist erlaubt 1) derjenige Nebenvertrag zwischen dem Schuldner und Gläubiger, daß bei verzögerter Zahlung das Pfand dem Gläubiger für den wahren, durch ordentliche Taxe sodann auszumittelnden Werth verkauft seyn solle [5]). Ferner 2) der Vertrag, wodurch zwischen dem Schuldner und demjenigen, der sich für ihn verbürgt, verabredet wird, daß, wenn der Schuldner den Bürgen nicht binnen einer bestimmten Zeit von seiner Bürgschaftspflicht wieder frei gemacht, und der Bürge dem Gläubiger Zahlung geleistet haben würde, die verpfändete Sache dem Bürgen verkauft seyn solle [6]). Das Gesetz unterscheidet

3) *Voet* ad Dig. XX. I. 25.

4) Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat rem, justo pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.

5) L. 16. §. ult. D. de pign.

6) *L. ult. D. de contrah. emt. vend.* Titius, cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fidejussorem Lucium, cui

nicht, ob für das Quantum, was der Bürge für den Schuldner an den Gläubiger bezahlt und also von dem Schuldner wieder zu fordern hat, oder für einen andern bestimmten oder noch zu bestimmenden Preis; — und also gebührt es auch dem Rechtsgelehrten nicht, zu unterscheiden.

Diese Verträge sind nach dem Recht der π. erlaubt. Irrend nimmt Weber an, indem er den Begriff der Lex commissoria, der doch nur aus den Gesetzen dieser Materie abstrahirt werden kann, willkührlich erweitert, daß sie alle als species der Lex commissoria zu betrachten, und unter dem Verbot der Verordnung Constantin's im Codex, welche den angeführten Gesetzstellen der π. derogire, begriffen sind [7]).

Durch das Verbot der Lex commissoria ist zugleich jeder andre Vertrag verboten, wodurch *in fraudem legis* ein pactum commissorium verdeckt eingegangen wird, z. B. wenn, um das gesetzliche Verbot der Lex commissoria zu umgehen, eine Sache, statt sie zu verpfänden, dem Gläubiger sub pacto de retrovendendo verkauft wird [8]).

Es frägt sich, ob die Lex commissoria nur ungültig sey, wenn sie sogleich zu der Zeit, da die Schuld contrahirt

promisit, intra triennium proximum se eum liberaturum; quod si id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fidejussor creditori, jussit praedia emta esse, quae creditoribus obligaverat. Quaero, cum non sit liberatus Lucius fidejussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit, si non ut in causam obligationis — wenn sie ihm nicht etwa bloß verpfändet — sed ut emta habeat — sondern wirklich verkauft seyn sollten — sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem.

7) S. Weber über das Verbot der Lex commissoria bei Verpfändungen, in den Versuchen über das Civilrecht, S. 353 u. folg.

8) Leyser spec. 158. med. 5 et 6.

und das Pfandrecht constituirt wird, verabredet wird, oder ob sie noch ebenso ungültig sey, wenn sie ex postfacto eingegangen wird, oder, m. a. W. können Schuldner und Gläubiger sich, nachdem die Schuld bereits contrahirt und die Verpfändung geschehen ist, in der Folge vereinbaren, daß auf den Fall, wenn der Schuldner die Schuld nicht zur gehörigen Zeit getilgt haben würde, dem Gläubiger die verpfändete Sache für die Schuld (oder für einen andern bestimmten Preis) verbleiben solle?

Da ein solcher Vertrag noch immer Legem commissoriam enthält und da nach der Fassung der Verordnung Constantin's schlechterdings jede Lex commissoria, die es wirklich ist, verboten seyn soll („placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri," heißt es im Gesetz), so ist man genöthigt, denjenigen Rechtsgelehrten beizustimmen, welche die aufgeworfene Frage, wiewohl aus andern Gründen, dahin beantworten, daß die Lex commissoria, auch in der Folge eingegangen, ungültig sey [9]).

Damit ist aber noch gar nicht gesagt, daß nicht der Schuldner dem Gläubiger entweder rein und unbedingt oder unter einer andern Bedingung die verpfändete Sache in der Folge sollte verkaufen, oder an Zahlungsstatt überlassen können. Aus der L. 12. pr. de distr. pign. und aus der L. 13. C. de pign. erhellet, daß dies gar wohl angehe, besonders dann, wenn dergleichen Verträge zu einer Zeit geschlossen werden, wo der Gläubiger schon befugt war, von seinem jure distrahendi Gebrauch zu machen [10]). Wie sollte

9) Wie *VOET* Comm. ad π. Lib. 20. tit. 1. §. 25. Westphal im Pfandrecht §. 260. Note 292. Seite 378. *WALCH* Introd. in controv. jur. civ. p. 542.

10) L. 34. D. de pign. act.

auch dem Schuldner, als Eigenthümer, die Befugniß, seine Sache zu veräussern, an wen er will, in Beziehung auf die Person des Gläubigers entzogen, und dieser unfähig seyn, das Eigenthum einer Sache zu erwerben, weil ihm ein Pfandrecht daran zusteht? Wie läßt sich so etwas vernünftigerweise annehmen? —

Vierter Abschnitt.

Vom Zusammentreffen mehrerer Pfandgläubiger.

§. 33.

Vom Zusammentreffen mehrerer Pfandgläubiger im Allgemeinen, und der Regel, wornach unter mehrern concurrirenden Pfandgläubigern der Vorrang zu bestimmen ist.

Man sagt von Pfandrechten, daß sie im Object zusammenkommen (mit einander concurriren), wenn sich eine Coexistenz der Pfandrechte mehrerer Gläubiger an demselben Object ergibt. Dieser Fall tritt ein, wenn die Pfandrechte zugleich bestellt oder doch zugleich entstanden, also, wenn sie von gleichem Alter sind. Sind zweier Gläubiger Pfandrechte von gleichem Alter, dann hat keiner den Vorzug vor dem andern; sie haben vielmehr beide gleiche Rechte, d. h. Rechte von gleicher intensiven Kraft. Namentlich für den Fall, da die mehreren Pfandrechte zu gleicher Zeit bestellt sind, lehrt dies Paulus.

L. 20. §. 1. *D. de pign. act.*

Si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est [1]).

1) In den Basiliken (Lib. 25. tit. 1. §. 20.) lautet die Stelle so: *Ἐὰν ἅμα πολλοῖς δοθῇ ἐνέχυρον, ἴσοι πάντες εἰσίν.* — Si plu-

Nur dann, wenn die mehreren Pfandrechte der Gläubiger von gleichem Alter, und überhaupt wenn sie von gleicher Stärke — wenn auch von verschiedenem Umfange — sind, findet ein *concursus in pignore* Statt, und heißt es von ihnen: *Concurrunt in pignore.* Diese Ausdrücke werden nur gebraucht, wenn beide am Object gleiche Rechte haben [2]); hingegen wenn das Recht des einen dasjenige des andern ausschließt, wenn es vorzüglicher ist, als dieses, werden diese Ausdrücke nicht vorkommen. In der That treffen auch nur im erstern Fall die Rechte im Object zusammen.

In diesem Fall sind nun mehrere Pfandrechte an demselben Object gleich Anfangs vorhanden; und sie bestehen ruhig neben einander. Wenn aber diese verschiedenen Rechte geltend gemacht werden sollen, und mit einander in Streit gerathen, welches geschehen kann:

a) bei Ausübung des juris distrahendi,

b) wenn die mehreren Gläubiger ihre Rechte auf den Besitz der Sache geltend machen wollen,

c) bei uns besonders im Concurse der Gläubiger,

so frägt es sich, welche Rechts-Grundsätze auf dieses Verhältniß anwendbar sind.

ribus res pignori detur, omnes aequales sunt.

2) L. 7. pr. et §. 1. D. qui pot. in pign. Dies ist auch der eigentlichen Bedeutung des Worts gemäß. Nämlich man kann sich beim *Concurrere* bildlich die Sache so vorstellen, als wenn zwei mit einander einem gewissen Ziele zueilen — hier der verpfändeten Sache —; und, indem sie gleichen Schritt halten, es, wenn sie anders wollen, zu gleicher Zeit erreichen. Hingegen bei ungleichen Rechten geht einer vor dem andern her und hindert ihn, so lange er da ist, das Ziel zu erreichen, wenn er es ihm nicht ganz entrückt. Wird der erste entfernt, so tritt der zweite an dessen Stelle und macht es nun mit dem, der etwa auf ihn folgt, ebenso, wie der erste es mit ihm gemacht hat.

Wenn Mehreren zugleich dieselbe Sache verpfändet ist, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Jedem ist die Sache *in solidum* verpfändet. Dies kann ausdrücklich geschehen, wird aber auch dann anzunehmen seyn, wenn jedem die Sache besonders verpfändet ist, z. B. der Gläubiger hätte in derselben Urkunde erst dem Titius sein ganzes Vermögen oder diese oder jene Sache, und dann auch dem Mevius sein ganzes Vermögen oder diese oder jene Sache verpfändet. In beiden Fällen wäre das Object beiden *in solidum* verpfändet. In diesem Fall bedienen sie sich gegen einen Dritten ihres Rechts in solidum, indem sie mit der actio hypothecaria die verpfändete Sache, und zwar die ganze, von ihm abfordern; im Verhältniß zu einander hat aber keiner von ihnen den Vorzug, und wer von ihnen im Besitz ist, hat nicht nöthig, dem Andern den Besitz abzutreten. Der Besitz verschafft bei gleichen Rechten dem Einen ein Uebergewicht, weil er den Andern nöthigt, Forderungen zu machen, die der Besitzer, vermöge seines gleichen Rechts, nicht nöthig hat, zu gewähren, die er vielmehr von sich weisen kann. Wollte Einer gegen den Andern auf Auslieferung der Sache klagen, indem er — um einmal den alterthümlichen Ausdruck wieder zu gebrauchen — sich darauf steifte, ihm sey die Sache *in solidum* verpfändet; so würde sein Mitgläubiger ihm den Einwand entgegensetzen, ihm sey die Sache gleichfalls *in solidum* verpfändet. Zugleich setzt der Besitz den besitzenden Gläubiger in den Stand, Rechte ausschließlich auszuüben, die vom Besitz der Sache abhängig sind.

b) Jedem ist die Sache nur *pro parte* verpfändet; in diesem Fall haftet jedem die Sache pro parte *dimidia*; er kann gegen den Dritten, wie gegen den Mitgläubiger, mit

der

der actio hypothecaria klagen, daß er ihn zum Mitbesitz der Sache *pro parte dimidia* zulasse.

c) Den mehreren Gläubigern ist die Sache zusammen und zwar *simpliciter* zusammen verpfändet, d. h. ohne daß bestimmt ist, daß jedem die Sache *in solidum*, noch daß sie jedem *pro parte* zum Pfande dienen solle; dann ist es, im Verhältniß der Mitgläubiger zu einander, so anzusehen, als sey jedem die Sache nach Verhältniß der Größe seiner Forderung — *pro quantitate debiti* — verpfändet. Woraus zu schließen ist, daß dies, nach der Ansicht des römischen Rechts, die natürliche Folge einer solchen Verbindung ist; alles Andere muß besonders verabredet seyn. — Gegen einen Dritten wird, wie es scheint, in diesem Fall, wie in dem vorigen, geklagt [3]). Und daraus scheint zu folgen, daß selbst in diesem Fall an keine Einheit des Pfandrechts zu denken sey. Denn sonst müßte es untheilbar, und wegen dieser Untheilbarkeit die Klage gegen den Dritten für jeden Einzelnen in solidum begründet seyn.

3) *L.* 10. *D. de pign.* Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem, dabitur enim possidenti haec exceptio: Si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset; si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere, et inter ipsos, et adversus extraneos: per quam, dimidiam partis possessionem apprehendant singuli. — *L.* 16. §. 8. *D. eod.* — Si duo pariter de hypotheca paciscantur: in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum; sed uterque si cum possessore agat, quemadmodum utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim: sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte.

Es wird aber diese Materie in ein helleres Licht treten, wenn wir die Grundsätze von der Gemeinschaft, ausser dem Fall einer Gesellschaft, hier zur Anwendung bringen [4]).

Nämlich diejenigen, denen dieselbe Sache verpfändet ist, sind Theilnehmer an einem gemeinschaftlichen Object; dieselbe Sache dient, nach unabgesonderten Theilen, beiden zum Pfande, und es besteht eine communio citra societatem unter ihnen; ihnen als Theilnehmern an einem gemeinsamen Object steht auch eine actio communi dividundo, und zwar utilis zu [5]).

4) Pufendorf (observ. jur. univ. tom. 4. obs. 114.) nimmt an: immer, wenn das Pfand nicht in solidum verpfändet sey, hafte es Jedem *pro quantitate debiti*, und dann finde unter ihnen nicht bloß Gemeinschaft, sondern Gesellschaft statt. Er beweist seinen Satz dadurch, daß die Sache sonst nicht pro quantitate debiti, sondern pro parte virili würde haften müssen, weil Mehrere, denen Etwas zusammen versprochen wird, nach L. 11. §. 2. D. de duobus reis, also berechtigt sind; bei der Gesellschaft hingegen nehme Jeder nach Verhältniß, wie er zur Gemeinschaft beigetragen, Theil. Allein daraus, daß Mehrere, die nicht correi rei credendae sind, denen Etwas zusammen versprochen wird, pro parte virili berechtigt sind, folgt nicht, daß deshalb auch Mehrere, denen zugleich eine Sache verpfändet wird, einen eben so großen Theil am Pfande haben müssen. Im erstern Fall ist kein Grund vorhanden, unter ihnen eine Ungleichheit zu machen, im zweiten ist es eine sehr natürliche Vorstellung, daß Jedem das Pfand nach Verhältniß der Größe seiner Forderung haften muß; darin besteht hier die Gleichheit, indem in Hinsicht auf das Pfand von der Person weggesehen wird, und nur die Forderung in Betrachtung kömmt, zu deren Bedeckung es dienen soll. Man hat daher nicht nöthig, hier eine Gesellschaft anzunehmen, um jenen Satz zu erklären. Auch nehmen Gesellschafter bekanntlich nicht nach Verhältniß ihrer Einschüsse am Object, sondern am Gewinn Theil, und von diesem Satze ist hier gar kein Gebrauch zu machen. Selbst, wenn Mehrere zusammen eine Sache z. B. kaufen, ist keine Gesellschaft vorhanden, wenn dies nicht *animo contrahendae societatis* geschehen ist; wie viel weniger läßt sich eine solche hier und ohne eine solche Absicht annehmen.

5) Also schreibt Ulpianus *L. 7. §. 6. D. Com. div.* Si duo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile communi dividundo judicium dari.

Selbst in dem Fall, wenn Jedem die Sache in solidum verpfändet ist, wird man vielleicht versucht seyn, zu glauben, im Verhältniß der Mitgläubiger zu einander werde es hier ebenso seyn, wie es unter Miterben und Vermächtnißnehmern seyn kann, daß nämlich beim Zusammentreffen Mehrerer sich Theile bilden, die an sich nicht vorhanden sind [6]); auch meint Voet, es möchte dieses dem römischen Rechte wohl nicht eben zuwider seyn [7]); allein schon der Umstand, daß unter Mehreren, denen dieselbe Sache in solidum verpfändet ist, der Besitzer den Vorzug hat, und nicht genöthigt werden kann, dem Andern den Besitz auch nur theilweise abzutreten, oder, ihn am Besitz Theil nehmen zu lassen, deutet an, daß auch im Verhältniß zu einander Jeder sein Recht mit völliger Ausschliessung des Andern geltend machen darf, und durch das Zusammentreffen mit Andern in der Ausübung von Befugnissen nicht beschränkt ist, die ihm *in solidum* ertheilt sind. Wenn daher Mehreren dieselbe Sache in solidum verpfändet ist, so bleibt dem Mitgläubiger, der nicht im Besitz ist, nur die Aussicht, daß sein Mitgläubiger vielleicht dereinst abgefunden, er dann allein übrig bleiben und, von keinem Nebenbuhler mehr gehindert, dieselben Rechte, wie vormals jener, ausüben wird.

In Folge der aufgestellten Grundsätze wird bei einer an Mehrere zugleich *pro parte* oder *simpliciter* geschehenen Verpfändung

1) Keiner zum Zweck seiner Befriedigung die Sache einseitig zum Verkauf bringen können, sondern nur in Gemeinschaft mit seinem Mitgläubiger, und es wird hier die Regel

6) L. 80. D. de leg. 3.

7) *Voet*. ad tit. D. qui pot. in pign.

Anwendung finden: in re communi prohibentis melior est conditio.

2) Kömmt es zum Verkauf, so werden sie sich in das Kaufgeld bei einer *pro parte* geschehenen Verpfändung nach den Köpfen theilen, und bei einer *simpliciter* geschehenen wird Jeder nach Verhältniß der Größe seiner Forderung daran Theil nehmen. Dabei ist dann wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts Rücksicht zu nehmen auf die Größe der Forderung, wie sie ursprünglich war, nicht wie sie durch nachfolgende Ereignisse etwa vermindert worden [8]).

3) Wenn es ihm nicht länger gefällt, in der Gemeinschaft zu bleiben, so kann auch Jeder auf Aufhebung derselben antragen, und da die Sache selbst nicht getheilt werden kann, so kann die Auseinandersetzung hier nur dadurch bewerkstelligt werden, daß dem Einen das, was er zu fordern hat, bezahlt, und dem Andern dagegen die ganze Sache zugesprochen wird, damit sie ihm von jetzt an ausschließlich zum Pfande diene [9]).

4) Hat Einer gemeinschaftliche Angelegenheiten verwaltet, z. B. die Sache zum Verkauf gebracht, das Kaufgeld erhoben, so wird er verbunden seyn, Rechnung abzulegen und von dem, was er bei der Verwaltung eingenommen hat, dem andern Theilnehmer seinen Antheil herauszugeben [10]). —

Wenn aber die Pfandrechte der mehreren Gläubiger zu verschiedenen Zeiten bestellt sind, dann kann man nicht sagen, daß sie im Object zusammen kommen, denn beide sind sie dann noch gar nicht vorhanden. Zwar stellt man sich die Sache gewöhnlich so vor: man glaubt, daß die meh-

8) *PUFENDORF* observ. juris un. tom. 4. obs. 114.

9) L. 7. §. 12. D. Com. div.

10) Von der Art, wie es zu halten ist wegen Pfänder, die dem Erblasser gegeben sind, wenn die Miterben sich in die Erbschaft theilen, handelt L. 29. D. Familiae erciscundae.

reren Pfandrechte neben einander bestehen, und nur einander nicht gleich sind, vielmehr das eine dem andern, wie der Zeit, also auch dem Range nach, vorgeht und, beziehungsweise, nachsteht. Diese Vorstellung ist sehr natürlich. Man kann sagen: der Schuldner konnte auch nach der Verpfändung über die Sache disponiren. Er blieb Eigenthümer und konnte veräussern, also auch verpfänden, aber diese Handlung durfte immer nicht zum Nachtheil des Gläubigers gereichen, dem bereits ein Pfandrecht zustand. Das Pfandrecht des späteren Gläubigers gilt daher an sich zwar, aber nur auf eben die Art, wie der Verkauf gilt, unbeschadet des früheren Pfandrechts eines andern Gläubigers [11]). Auch geben die Gesetze selbst zu dieser Vorstellung die Gelegenheit; sie lehren: Prior tempore est *potior* oder *potentior* in pignore; prior *praefertur* posteriori etc. [12]). Sie lehren überhaupt in Beziehung auf das Pfandrecht: *qui prior est tempore, potior est jure* [13]). Sie geben die allgemeine Regel: Cum de pignore utraque pars contendit, *praevalet jure, qui praevenit tempore* [14]). Woraus denn zu erhellen scheint, daß dem jüngern Gläubiger überhaupt ein Pfandrecht, jedoch ein schwächeres, zustehe, was, im Kampf mit ihm, dem älteren weichen müsse. Allein, mehrere zu verschiedenen Zeiten bestellte Pfandrechte bestehen nicht neben, sondern nach einander, welches durch die früher erklärte *Lex Africani* bewiesen und durch den Umstand bestätigt wird, daß der Ausdruck: *Concurrere in pignore* nur von solchen Fällen gebraucht wird, in welchen die mehreren, an demselben

11) So habe ich selbst mir die Sache früher erklärt und in der ersten Auflage §. 30. dargestellt.

12) L. 5. L. 6. L. 8. L. 10. L. 11. D. qui potior in pign. L. 8. C. eod. L. 15. §. 12. D. de capt. et postlim. rev.

13) L. 4. C. qui pot. in pign.

14) L. 2. C. ibid.

Object bestellten Pfandrechte von gleichem Alter, überhaupt von gleicher Stärke sind. Der Gläubiger, dem eine verpfändete Sache verpfändet wird, hat vor der Hand noch kein wirkliches Pfandrecht, sondern eine bloße *spes pignoris*. Erst wenn der ältere Gläubiger befriedigt ist, überhaupt das ältere Pfandrecht aufgehört hat, kömmt sein Pfandrecht zum Daseyn, geht jene Hoffnung in Erfüllung, und er tritt an den Platz, welchen der befriedigte Gläubiger einnahm, wenn kein Dritter in der Mitte steht, und ihm zur Zeit noch vorgeht. Kurz wenn mehrere Pfandrechte zu verschiedenen Zeiten bestellt sind, ist keine Coexistenz mehrerer Pfandrechte und kein Concursus in pignore vorhanden. Das zweite Pfandrecht entsteht erst, wenn das erste erloschen ist; und diese Ansicht ist am Ende noch natürlicher, als jene oben erwähnte. Das Pfand soll nämlich auch dem zweiten Gläubiger zwar Sicherheit gewähren, aber nur *secundo loco*, nämlich nur, wenn es zur Befriedigung des ersten Gläubigers nicht nöthig ist. Was heißt das anders, als, er hat vor der Hand noch kein wirkliches Pfandrecht, sondern nur die Aussicht zu einem solchen?

Die Ausdrücke, deren sich die Gesetze bedienen, das eine Pfandrecht sey stärker, wie das andere u. s. w., lassen sich auf solche Art erklären, daß sie hiermit in keinem Widerspruche stehen. Denn einmal kann man sagen, wenn man sich des Ausdrucks bediene, der ältere Pfandgläubiger gehe vor u. s. w., sey damit noch grade nicht gesagt, daß dem nachstehenden schon in diesem Augenblick ein wirkliches Pfandrecht zustehe, es werde dabei überhaupt von der Gültigkeit des jüngeren Pfandrechts hinweggesehen, und die Frage, ob dieses letztere überhaupt gelte, bei Seite gelassen; überhaupt sey jener Ausdruck mit einer Aufeinander-

folge verschiedener Rechte, wie sie hier Statt finde, sehr wohl vereinbarlich; man könne sehr wohl sagen, das eine Recht sey mächtiger, als das andere, wenn dieses durch jenes einstweilen unterdrückt und am Leben gehindert wird. Zweitens läßt jener Ausdruck sich auch dadurch erklären, daß dem späteren Gläubiger schon gleich Anfangs solche Rechte zustehen, als hätte er bereits ein wirkliches Pfandrecht, was er bloß zum Vortheil des vorgehenden nicht hat und nicht haben darf. Er wird nämlich gegen jeden Besitzer, ausser dem ältern Pfandgläubiger, im Besitz geschützt, und kann von jedem andern die Sache mit der actio hypothecaria abfordern, die nur der ältere ihm, Kraft seines stärkeren Rechts, wieder entziehen kann [15]); — woraus denn beiläufig zu folgen scheint, daß Anton Faber am Ende so unrecht nicht haben mag, wenn er, wie früher bemerkt ward, behauptet, man könne die actio hypothecaria ohne ein Pfandrecht haben. —

Wenn nun also mehrere Pfandrechte zu verschiedenen Zeiten bestellt sind, dann hat, der Regel nach, (in dem angegebenen Sinn) dasjenige den Vorzug, was der Zeit nach, sey es auch nur einen Augenblick, früher bestellt ward; dann kommen jene Regeln zur Anwendung, wovon schon oben die Rede war: *Qui prior est tempore, potior est jure;* — oder: *Praevalet jure, qui praevenit tempore.*

Bei Anwendung dieser Regel: Qui prior tempore, potior jure, kömmt es auf das Alter der Forderung nicht an, sondern nur auf das Alter des Pfandrechts; daher hat derjenige den Vorzug, dessen Forderung zwar jünger ist, der sich aber früher ein Pfandrecht bestellen ließ, als sein Mitgläubiger [16]). Es kömmt ferner nicht in Betrachtung,

15) L. 12. D. qui pot. in pign. 16) L. 12. §. 2. Qui pot. in pign.

ob das ältere Pfandrecht ein freiwilliges oder nothwendiges, ob es ein gesetzliches oder conventionelles ist [17]); — ob es per pactum hypothecae, oder durch den contractus pignoratitius constituirt worden; vielmehr geht derjenige Gläubiger, dem die Sache per pactum hypothecae verpfändet worden, demjenigen vor, dem sie späterhin zum Pfande übergeben ward [18]).

Die angeführte Regel findet auch dann Anwendung, wenn ein allgemeines und besonderes Pfandrecht an derselben Sache concurriren. Daher hat der Gläubiger, dem früher ein allgemeines Pfandrecht constituirt worden, den Vorzug vor demjenigen, dem späterhin eine Sache speciell verpfändet worden, in Ansehung dieser speciell verpfändeten Sache [19]). Umgekehrt geht freilich auch die ältere Specialhypothek der jüngern Generalhypothek vor, doch kann sich der Vorzug der erstern immer nur auf die speciell verpfändete Sache erstrecken, und der Gläubiger beim Concurse nur auf eine solche Summe angewiesen werden, als aus dem Verkauf dieser Sache gelöst ist, vorausgesetzt, daß vorgehende Gläubiger etwas davon übrig lassen.

§. 34.

Nach welchem Zeitpunct ist die Rangordnung unter mehrern Pfandgläubigern zu bestimmen, wenn der Schuldner Güter verpfändet, deren Eigenthum erst nach der Verpfändung von ihm erworben wird?

Schon früher, als unter den Gegenständen des Pfandrechts (§. 7.) von rebus futuris gehandelt ward, ist vorläufig

17) L. 10. D. L. 2. C. Qui pot. in pign. L. 3. C. Ut in poss. leg.

18) L. 12. §. fin. D. Qui pot. in pign.

19) L. 2. D. Qui pot. in pign.

der Satz aufgestellt: wenn der Schuldner an dergleichen Gütern ein Pfandrecht bestellt, so fange das Pfandrecht erst mit dem Erwerb an, und mehrere Gläubiger, denen zu verschiedenen Zeiten bona futura verpfändet sind, haben in Ansehung deren, bei gleichem Alter, gleiche Rechte; die Regel: qui prior tempore, potior jure, könne unter ihnen nicht zur Anwendung kommen. Allein, die Grundsätze, die wir im §. 12. kennen gelernt haben, als nämlich von dem Fall die Rede war, da ein Nichteigenthümer Mehreren zu verschiedenen Zeiten dieselbe Sache verpfändet, und von der Art, wie Africanus diesen Fall entscheidet, scheinen sehr dazu geeignet, diese Lehre zu erschüttern, wenn nicht umzustoßen. Hier, bei der Rangordnung der Gläubiger, wird der Ort seyn, sie auf's Neue in Untersuchung zu ziehen, und indem ihr zugleich eine größere Ausdehnung gegeben wird, die Gründe, die dafür, und die, welche dagegen sprechen, scharf gegen einander abzuwägen. Ihrer Wichtigkeit wegen verdient sie dies.

Schon die Glossographen stellten die Meinung auf, das zu verschiedenen Zeiten an bonis futuris bestellte Pfandrecht fange für alle zu gleicher Zeit an [1]). Zwar hegte Azo eine entgegengesetzte Meinung; sie wird aber sogleich verworfen. Unter den späteren Rechtsgelehrten hat die Mehrzahl wie Azo gedacht, und seine Meinung ist die sogenannte gemeine geworden. Sehr wenige wagten es, davon abzuweichen; es sind schon früher Anton Faber und Hellfeld als Andersdenkende genannt; auch Paul von Buysen [2]) gehört in diese Klasse.

Daß ein Pfandrecht an rebus futuris erst mit dem Erwerb seinen Anfang nehmen könne, und mehrere, denen der-

1) *Glossa* ad L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign.

2) Ad L. 21. D. qui pot. in pign.

gleichen Güter zu verschiedenen Zeiten verpfändet sind, gleiche Rechte daran haben, dieser Satz bedarf eigentlich keines Beweises, sondern beweisen muß, wer das Gegentheil behauptet. Auch hat man das Gegentheil zu behaupten gesucht, theils indem man die Lehre von der Bedingung hier anwandte und sie zurückrechnete, theils aus L. 21. pr. D. qui potiores in pign. [3]).

Wenn man die Verpfändung künftiger Güter als eine bedingte ansieht, wozu das römische Recht selbst die Veranlassung gibt, so kann wenigstens eine Bedingung dieser Art, die das Object und dessen Erwerb betrifft und nur eine nothwendige Voraussetzung des Pfandrechts ausdrückt, nicht zurückgerechnet, ja sie kann schwerlich überhaupt für eine wahre Bedingung angesehen werden. Es bliebe also vorläufig nur die eine Stelle des römischen Rechts übrig, die den Satz, den sie beweisen soll, keineswegs ausspricht, sondern aus welcher er zu errathen seyn soll. Wenigstens würde man erst beweisen müssen, wie die Meinung des Scävola gewesen sey, das Pfandrecht an rebus futuris fange von Zeit der Bestellung an, und daß grade dieses der Grund gewesen, weshalb er den Rechtsfall so und nicht anders entschied. Denn wir sehen wohl die Entscheidung, aber nicht den Grund, worauf sie beruht, als welcher nicht angegeben ist. Wahrscheinlich bestand er, wie bald gezeigt werden wird, darin, daß dem Fiscus nicht, gleichwie der Seja, die bona futura mitverpfändet waren. Dieses anzunehmen, liegt in der Stelle selbst die Veranlassung, während jenes eine, von aussen herbeigeholte, Hypothese ist.

3) S. *Noodt* Com. ad D. tit. qui pot. in pign. verbis: Nunc videndum etc.

Nicht genug, daß diese Stelle den Satz nicht beweis't, wofür sie angeführt wird, zwei andere Stellen beweisen das Gegentheil. Es sind die bereits im §. 7. angeführten beiden Stellen, nämlich L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign. und L. 34. §. 2. D. de pign. — Diese beweisen den Satz, und eine dritte, L. 28. D. de jure fisci, wovon im folg. §. die Rede seyn wird, bestätigt ihn. Gegen die erste Stelle — L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign. — ist eingewandt, es erhelle daraus nicht, ob die beiden Verpfändungen zu verschiedenen Zeiten, ob sie nicht vielmehr zu gleicher Zeit geschehen seyen. Als ob es nicht schon genug wäre, daß der römische Rechtsgelehrte bei seiner Entscheidung auf den Unterschied der Zeit keine Rücksicht nahm. Azo war es ursprünglich — also derjenige, von dem die gemeine Meinung herstammt —, welcher lehrte, jene Stelle rede von Fällen, da die Verpfändung an die Mehreren zu gleicher Zeit geschehen ist. Diese Meinung verwirft Gordon (ein französischer Rechtsgelehrter aus Cahors) [4]). Er schreibt: Haec solutio *mera conjectura innititur*, et licet glossa illam admiserit, rejiciendam tamen omnino arbitror.

Mehr noch, wie durch jene drei Stellen des römischen Rechts, wird der Satz, das Pfandrecht sey nicht älter, als das Eigenthum und fange mit diesem zugleich an, nicht aber mit der Verpfändung und also schon vor dem Eigenthum und vor dem Rechte des Ertheilers — bewiesen durch die Natur der Sache.

Es soll hier nicht wiederholt werden, daß einer, der sein künftiges Vermögen verpfändet, gar nicht die Befugniß hat, Güter schon jetzt zu verpfänden, die jetzt noch Anderen

4) Praetermissa juris civ. cap. 18. (*Otto* thesaurus tom. 2. p. 889. 890.)

gehören; er hat in diesem Falle gar den Willen nicht. Wer dem Andern seine künftigen Güter verpfändet, sagt mit andern Worten: Auch diejenigen Güter, die ich etwa in Zukunft erwerben mögte, sollen Dir Sicherheit gewähren, sobald ich dergleichen erworben haben werde. Es ist gar die Meinung des Schuldners nicht, an Gütern, die er zur Zeit nicht kennt, von denen es ungewiß, ob sie ihm zu Theil werden, dem Gläubiger jetzt schon Rechte einräumen zu wollen; sondern diese Rechte sollen entstehen, nachdem der Schuldner selbst erst Rechte erworben haben wird; sie sollen mit dem Eigenthum des Verpfänders zugleich entstehen, nicht vor ihm.

Es ließe sich denken, daß dem Gläubiger bloß die künftigen Güter verpfändet wurden, und in diesem Falle würde man es vielleicht weniger zweifelhaft finden, daß unter mehreren keiner den Vorrang habe. Dieser Fall wird nicht leicht vorkommen, weil es mehr als seltsam wäre, wenn Jemand, statt dem Schuldner mit seinem gegenwärtigen Vermögen Sicherheit zu gewähren, ihm eine Anweisung bloß auf das geben wollte, was ihm etwa in Zukunft zu Theil werden mögte. Gewöhnlich werden alle Güter, und die künftigen mit, verpfändet. Erwirbt dann der Schuldner nach der Verpfändung Güter, so dehnt das alte Pfandrecht sich nicht so wohl über seine bisherigen Gränzen aus, sondern es entsteht ein neues Pfandrecht an den neuen Gütern, wie man überhaupt bei einer allgemeinen Verpfändung dem Gläubiger so viele verschiedene Pfandrechte beilegen kann, als Güter sind, die durch den allgemeinen Ausdruck auf einmal verpfändet wurden. Denn, wer sein gesammtes Vermögen verpfändet, was thut er anders, als daß er sein Landgut, sein Haus in der Stadt, sein Schiff auf der See, sein Hausgeräth, seine Bücher ꝛc. verpfändet? Statt alles dieses einzeln zu benennen, sagt

er ganz kurz und auf einmal: Ich verpfände Dir mein gesammtes Vermögen. In Hinsicht auf das künftige versteht es sich dann von selbst, wie das Pfandrecht erst mit dem Erwerb seinen Anfang nehmen soll. Es wird, wenn zu dem bisherigen Vermögen neues hinzukömmt, der Zeitpunct des Erwerbs mit dem Zeitpunct der Willenserklärung an einander geknüpft, doch nicht so, als könnten Eigenthum und Pfandrecht als schon vormals entstanden angesehen werden, sondern vielmehr, der bloß im Voraus erklärte Wille erlangt jetzt Inhalt und Bedeutung. Die Verpfändung künftiger Güter war in dem Augenblick, da sie geschah, für nichts zu rechnen; es fehlte der Verpfändung an dem, was bei aller Verpfändung und bei allen Verträgen und allen Rechten wesentlich ist, am Object. Sie zu vollenden, mußten die künftigen Güter sich in gegenwärtige verwandeln; und dann erst konnte und dann erst sollte das Pfandrecht seinen Anfang nehmen. Wie Früchte erst dem Pfandrecht unterliegen, sobald sie gewachsen sind, also auch unterliegen bona futura dem Pfandrecht, sobald sie erworben sind. Selbst in dem Ausdruck: Ich verpfände Dir mein künftiges Vermögen, liegt es schon, wie das Pfandrecht erst mit dem Erwerb entstehen soll. Es ist hiermit grade, wie mit dem Pfandrecht an den invectis et illatis, die der Miethsmann oder Pächter verpfändet und die beim Miethsmann schon von Rechtswegen als verpfändet anzusehen sind. Das Pfandrecht nimmt seinen Anfang nicht mit dem Augenblick, da der Miethsmann sie verpfändet, sondern da er die verpfändeten einbringt. Denn, wie wir gehört haben, die Sachen sollen dem Pfandrecht unterliegen, welche eingebracht sind, folglich auch, nachdem sie eingebracht sind [5]). Es kann daher zur Bestätigung der

5) Erste Auflage S. 98.

Lehre, das Pfandrecht fange bei bonis futuris erst mit dem Erwerb an, auch L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign. dienen. Der Pächter verpfändet, was er einbringen oder, genauer zu reden, eingebracht haben, der Schuldner, der bona futura verpfändet, was er erworben oder, genauer zu reden, erworben haben wird. Was für ein Unterschied ist denn da? —

Soviel kann überhaupt nicht den geringsten Zweifel weiter leiden, wie das Pfandrecht an bonis futuris oder postea acquirendis erst mit dem Erwerb anfängt. Den römischen Rechtsgelehrten bei ihrer Feinheit, ihrem scharfen Sinn, wie hätte ihnen eine Wahrheit dieser Art jemals entgehen können! Allein, es scheint, man könne hier zweierlei unterscheiden, den Anfang des Pfandrechts und den Rang, der aus dem Zeitpunkt der Bestellung herzuleiten ist. Es könnte seyn, daß die Gesetze es bei bonis futuris billig gefunden hätten, daß, nachdem dergleichen Güter erworben sind, nach der Zeit, da sie Verschiedenen zu verschiedenen Zeiten im Voraus verpfändet wurden, eine Rangordnung statt finden müsse, so daß der ältere Gläubiger dem jüngeren vorginge, dem sie erst verpfändet wurden, nachdem sie dem ältern Mitgläubiger bereits früher verpfändet waren; besonders dann mögten die Gesetze einen auf den Unterschied der Zeit gegründeten Vorzug billig gefunden haben, wenn die bona futura nur mit den bonis praesentibus, nur nebenher, verpfändet worden. — Hier heben die Schwierigkeiten einer Frage erst an, die bereits abgethan schien. —

Zuvörderst scheint eine Stelle im Codex hierfür zu sprechen, nämlich L. 6. §. 2. C. de sec. nupt. [6]). Salicetus

6) Omnibus videlicet iisdem maritalibus facultatibus, his etiam, quas habet habiturave est, tanquam si jure pignoris vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione vel

nahm an, hier sey ein jus singulare und, was die Stelle verordne, in favorem liberorum eingeführt. Darauf erwiedert Bachov, das Besondere, was in dieser Stelle liegt, sey das Pfandrecht, nicht der Anfang desselben. — Bachov selbst, welcher die gemeine Meinung erst bestreitet, dann sich zu ihr bekennt, scheint durch diese Stelle bekehrt zu seyn [7]). — Indessen enthält das Gesetz in der That manches Besondere, ja auch manches Sonderbare. Das Pfandrecht, was sich, wie es scheint, sogar auf die Güter erstrecken soll, für welche es bestellt wird, diejenigen nämlich, welche den Kindern erster Ehe, der Proprietät nach, zugefallen sind, und deren bloßen Besitz und Nießbrauch der Ueberlebende beibehalten hat, so daß jene hiernach ein Pfandrecht an eigner Sache haben würden, fängt nicht etwa an von der Zeit, da die zweite Ehe geschlossen ist, sondern schon mit dem ersten Erwerb dieser Güter, also schon vor dem Hauptrecht, und alle diejenigen Gläubiger sollen den Kindern nachstehen, die nach der Zeit, da binubus — oder vielmehr binuba, denn von dieser reden Leo und Anthemius zunächst nur — Contracte mit ihm — oder vielmehr mit ihr — geschlossen haben. Ist das nun nicht etwas Besonderes? Es ist hier ein jus singulare über das andere, und namentlich ist auch in dem Anfange des Pfandrechts ein solches enthalten. Indessen kömmt es hier auf den Anfang des Pfandrechts überhaupt nicht an, sondern

rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint, liberis obligatis: ut si quis post traditas matri, vel detentas ab ea res (si ita contigerit) contractum aliquem cum eadem mulieri inierit, quae se repetitis nuptiis copulaverit: in vindicandis iisdem suppositis rebus posteriores habeantur, liberis, qui ex eodem matrimonio procreati sunt, et nepotibus neptibusque, qui ex iisdem liberis geniti sunt, sine dubio praeponendis.

7) *Bachov* de pign. lib. 4. cap. 6. nr. 1.

auf den Anfang des Pfandrechts an den *rebus futuris*. Daß nun in Ansehung deren in dieser Stelle ein jus singulare eingeführt sey, dies zu leugnen, hatte Bachov keinen Grund und Salicetus keinen, es zu behaupten. Daß die gemeine Meinung an dieser Stelle eine schwache, oder vielmehr gar keine, Stütze finde, werden uns folgende Betrachtungen lehren.

a) Ein Gesetz von diesem Inhalte und dieser Fassung ist wenig geschickt, streitige Rechtssätze dadurch aufzuhellen. Ausserdem, daß es in dem, was es verordnet, befolgt werden muß, verdient es gar keine Beachtung. Es werden darin Eigenthum und Pfandrecht durcheinander geworfen; man sieht nicht, ob unter den nachstehenden Gläubigern solche gemeint sind, denen ein Pfandrecht zusteht, und ob sie durch das Pfandrecht der Kinder ausgeschlossen werden sollen, oder durch das Eigenthum; seines übrigen seltsamen Inhalts hier nicht auf's Neue zu gedenken. Dem Verfasser eines solchen Gesetzes kann man schwerlich zutrauen, daß er den Unterschied zwischen rebus futuris und praesentibus, in Hinsicht auf den Anfang des Pfandrechts, gekannt habe; es ist also daraus auf andere Fälle, wo res futurae als verpfändet in Betrachtung kommen, nichts zu schließen. Die Stelle ist, um es kurz zu sagen, nicht geeignet, theoretische Wahrheiten zu erweisen, sondern höchstens, anderswodurch bereits völlig bewiesene zu bestätigen; und auch von dieser Seite ist ihr Gewicht schwach und ihr Werth sehr gering.

b) Ist auch bei rebus futuris oder quas debitor habiturus est, in sofern sie als Gegenstand des Pfandrechts der Kinder einer vorigen Ehe in Betrachtung kommen, nicht gesagt, daß ein Pfandrecht dieser Art vor dem Erwerb anfange, und ebenso wenig, daß der jüngere Gläubiger auch in Ansehung deren dem ältern nachstehen müsse. Zwar

geht

geht das Pfandrecht der Kinder — wenn wir annehmen, daß von einem Pfandrecht die Rede ist — im Allgemeinen vor; aber es erhellet nicht mit Sicherheit, daß es grade auch in Ansehung der künftigen Güter vorgehen solle. Freilich ist deren im Anfange mit erwähnt, als solcher, worauf das Pfandrecht sich mit erstrecke; allein, wenn auch das Pfandrecht sich darauf mit erstreckt, so folgt daraus nicht, daß auch der Vorzug sich darauf mit erstrecken soll.

c) Würde die Stelle immer nur beweisen, wie beim gesetzlichen Pfandrecht kein Unterschied sey zwischen bonis praesentibus und futuris, und ein Pfandrecht dieser besonderen Art zu derselben Zeit, da es an den gegenwärtigen Vermögensstücken entsteht, auch an den künftigen entstehe. Es würde dadurch die Meinung des Anton Faber, wonach jener Unterschied zwischen bonis praesentibus und futuris nur beim Conventionalpfandrecht in Betrachtung kömmt, unerwartet hier ihre Bestätigung finden. — Von dieser Meinung selbst wird im folgenden §. die Rede seyn. —

Zweitens scheint der gemeinen Meinung das Wort zu reden die Stelle, die hier, der Kürze wegen, immer als *Lex Africani* bezeichnet ist, nach der Erklärung, die davon im §. 7. gegeben ist. Wenn Mehreren ein Pfandrecht in re aliena bestellt wird, so kann das Pfandrecht nicht sogleich mit der Bestellung anfangen; es fängt vielmehr erst mit dem Erwerb an — denn in re aliena kann man *de jure* kein Pfandrecht bestellen, es wird aber nach dem Erwerb geschützt — und dennoch geht der ältere Gläubiger dem jüngeren vor; erst wird das ältere Pfandrecht gültig, und dann erst kann das jüngere gültig werden. Auf ähnliche Art, mögte man glauben, werde es hier seyn. Der ältere Gläubiger werde auch in rebus postea acquisitis dem jüngeren vorgehen, so als

hätte sein Pfandrecht auch an ihnen schon mit der Bestellung angefangen. Wirklich ist jene Lex Africani das Erheblichste, was sich für die hier bestrittene oder gemeine Meinung anführen läßt; sie wird auch von älteren Rechtsgelehrten und als entscheidender Grund dafür angeführt [8]).

Noch mehr. Wenn Jemand dem Andern eine Sache verpfändet, die er von einem Dritten zu fordern hat, so kann das Pfandrecht nicht sogleich mit der Bestellung anfangen. Gleichwohl geht derjenige, dem der Schuldner vor der Tradition, also vor dem wirklichen Erwerb, die Sache verpfändet hat, demjenigen vor, dem er sie nach der Tradition zum Pfande einsetzte. So entscheidet diesen Fall Papinian [9]). Die Entscheidung würde noch ebenso gelautet haben, wenn beiden dieselbe Sache zu verschiedenen Zeiten vor der Tradition verpfändet wäre.

Man kann überhaupt in dieser Materie vier Arten von Sachen unterscheiden:

1) künftige Güter, die der Schuldner verpfändet,

2) Güter, die er verpfändet, unter der Bedingung, daß sie ihm dereinst gehören werden — si in dominium meum pervenerint —,

3) fremde Güter, die der Schuldner, als wären es die seinigen, verpfändet,

8) *Henricus a Suerin* repetit. lect. juris cap. 21. (*Otto* thesaurus tom. 4. p. 49.) *Franc. Gordon.* l. c.

9) *L.* 3. §. 1. *D. qui pot. in pign.* Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit; post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundo pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset; verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris potiorem fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat; quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum.

4) die res aliena debita, die der Schuldner, als ob sie ihm schon jetzt gehörte, verpfändet.

Rem futuram verpfänden, oder, rem, si in dominium meum pervenerit, ist, wie aus L. 7. §. 1. D. qui potiores in pignore erhellet, einerlei. Ebenso ist es hier einerlei, ob eine res aliena, oder eine res aliena *debita* verpfändet wird [10]). Beide sind res *alienae* und beide halten gleichen Schritt mit einander; gleichwie *res futura* und „*si in dominium meum pervenerit*“ gleichen Schritt halten. Jene vier Arten bilden also zwei Classen und die sich einander gegenüberstehen.

Bei der Verpfändung von rebus futuris fehlt, wie gesagt, ausser der Macht, auch selbst der Wille, ein gegenwärtiges Pfandrecht zu ertheilen. Ganz anders verhält es sich, wenn der Schuldner dem Gläubiger rem alienam, das heißt, eine fremde Sache, simpliciter verpfändet, als wäre es die seinige z. B. das Haus des Titius, als gehöre es ihm. Hier ertheilt er, seiner Erklärung zufolge, ein Pfandrecht, was sogleich seinen Anfang nehmen soll, und der Gläubiger, der nicht davon unterrichtet ist, daß jene Sache res aliena sey, hat die Absicht, ein solches jetzt, jetzt sogleich, zu erwerben, und im Vertrauen darauf traut er dem Schuldner.

Ferner, wem res aliena verpfändet ward, der wird bei seinem Pfandrecht geschützt, wenn er, wie schon früher bemerkt worden und hier so eben wiederholt ward, nicht davon unterrichtet war, die Sache sey res aliena. Eine solche Art von bona fides ist bei rebus futuris gar nicht möglich.

Niemand wird sagen, wenn Jemand künftiges Vermögen im Voraus verpfändet, daß eine solche Verpfändung ungültig sey, wie wenn einer eine fremde Sache simpliciter verpfändet, und

10) L. 1. pr. D. de pign.

ebensowenig wird man, wenn der Schuldner, der sein künftiges Vermögen verpfändete, nach dieser Zeit Güter erwirbt, sagen, das an rebus futuris bestellte Pfandrecht sey jetzt gültig geworden. Dies alles wird man nicht sagen, weil es in solchen Fällen, wie bereits früher bemerkt ist, die Meinuug nicht war, das Pfandrecht, sondern nur die Verpfändung zu anticipiren.

Es sind also die beiden hier möglichen Fälle einander nicht völlig gleich zu achten, und man ist, wie es scheint, nicht berechtigt, von dem einen auf den andern zu schließen.

Vor allen Dingen kommen hier aber jene drei Stellen in Betrachtung, aus denen hervorgeht, daß bei verpfändeten rebus futuris etwas Anderes gilt, als, nach der Lex Africani, bei der simpliciter verpfändeten res aliena, und die dies zum Theil geradezu sagen. Unter diesen lehrt L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign., und darin Marcellus, welchem Ulpianus nicht widerspricht, nicht bloß, daß die Pfandrechte gleich alt sind, sondern — sehr wohl zu bemerken — daß beide Gläubiger gleiche Rechte haben — *concurrunt in pignore.* — Die L. 28. D. de jure fisci läßt sich nur unter dieser Voraussetzung erklären. Und über alles dieses lehrt uns Gajus, wenn ein Pächter die einzubringenden Sachen — *inducta in fundum* — verpfändet und darauf, ehe er sie einbringt, er eine von seinen einzubringenden Sachen einem Andern verpfändet, daß dann der Letztere dem Ersteren, also der Jüngere dem Aelteren, sogar vorgeht. Die Hypothek des Aelteren fing erst nach der Einbringung an, während die des Jüngeren schon vor der Einbringung ihren Anfang genommen hatte [11]).

11) *L.* 12. §. 2. *D. qui pot. in pign.* Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypo-

Gleiches Alter muß gleiches Recht gewähren. Bei der verpfändeten res aliena ist es nicht so. Diese scheint eine Ausnahme von der Regel: qui prior tempore, potior jure, zu machen. Jede früher bestellte Hypothek scheint in diesem Fall eine von der Regel abweichende, eine privilegirte zu seyn. Denn derjenige, dem früher eine Hypothek bestellt ist, geht hier demjenigen vor, dessen Pfandrecht im rechtlichen Sinn gleich alt ist, der also mit ihm gleiche Rechte haben würde. Allein, es wird hier auf das Alter der Bestellung gesehen, in der That aber dadurch der Zeitpunct der Entstehung des Pfandrechts zurückgerechnet. Denn sonst wäre es gar nicht möglich, daß der eine Gläubiger dem andern vorgehen könnte. Es kömmt hier auf einem Umwege die Regel zur Anwendung: qui prior tempore, potior jure, die gradezu nicht zur Anwendung kommen könnte. Daß es bei rebus futuris ebenso seyn sollte, daß auch hier ein Zurückrechnen Statt finde, das ist, wie es scheint, nach Allem, was vorhergeht, wenigstens nicht erweislich.

§. 35.

Von privilegirten Hypotheken.

Von der Regel: das ältere Pfandrecht geht dem jüngeren vor, machen die privilegirten Hypotheken eine Ausnahme, welche, vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung, allen andern, wenn gleich älteren, vorgehen. Dieser Vorzug ist bisweilen, um der Natur der Forderung willen, der Hypothek, bisweilen, um des Gläubigers willen, der Person desselben

thecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est, unde si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit: licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit.

in Ansehung der ihm zustehenden Hypothek beigelegt, und also entweder privilegium causae oder personale. Es sind aber entweder gesetzliche Hypotheken, denen dieser Vorzug beigelegt ist, oder Conventionalhypotheken.

A. Privilegirte gesetzliche Hypotheken.

Zu diesen gehören folgende:

1) Die Hypothek des Fiscus, und zwar a) die Hypothek des Fiscus wegen der öffentlichen Steuern und Abgaben [1]). b) Nach der gewöhnlich angenommenen Meinung hat Fiscus auch eine privilegirte Hypothek an den Gütern desjenigen, mit dem er contrahirt hat, jedoch ist die gesetzliche Hypothek des Fiscus eine privilegirte nur in Ansehung derjenigen Güter, die der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiscus erworben hat. Es gründet sich dies Privilegium auf *L.* 28. *D. de jure fisci.*

> Si qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusve esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse; quod et constitutum est: praevenit enim causam *pignoris* fiscus.

Bekanntlich hat diese Stelle und ihre Vereinigung mit einer andern, der L. 21. pr. D. Qui pot. in pign., den Auslegern von jeher viel zu schaffen gemacht.

Unter diesen kommen Anton Faber, Westphal und Hellfeld darin überein, daß der Fiscus nicht vermöge eines ihm ertheilten Vorzugs in Ansehung seiner Hypothek, sondern vermöge des gemeinen Rechts und der Rechtsregel: Qui prior est tempore, potior est jure, dem concurrirenden Pfandgläubiger in Ansehung der nach dem Contract mit dem

1) L. 1. C. Si propter publ. pensit.

Fiscus erworbenen Güter vorzuziehen sey. Zu diesem Resultat gelangen sie indessen auf verschiedenen Wegen.

Westphal [2]) nimmt an, Ulpian handle von dem Fall, da der Fiscus vor dem Privatgläubiger contrahirt habe, und der Zweifel rühre daher, daß die Hypothek des Letztern eine conventionelle und dabei ausdrücklich auf das künftige Vermögen des Schuldners ausgedehnt worden, wohingegen der Fiscus nur eine gesetzliche habe, in Ansehung deren es nach dem älteren Recht zweifelhaft gewesen sey, ob sie sich auf das künftige Vermögen mit erstrecke; indessen sey die Frage zum Vortheil des Fiscus entschieden. — Man erwäge indessen nur die Zeiten, worin die verba: obligare und contrahere stehen, und die Ordnung, wie von beiden Gläubigern, dem Privatgläubiger und dem Fiscus, gehandelt wird, um sich sogleich zu überzeugen, daß diese Erklärung nicht die richtige seyn könne.

Mehr Aufmerksamkeit verdient die Erklärung Anton Fabers [3]). Er geht von dem Grundsatz aus: die prioritas temporis sey nicht aus dem Zeitpunct des geschlossenen Contracts, sondern aus dem Zeitpunct des erworbenen Pfandrechts zu beurtheilen; es könne daher geschehen, daß die, welche zu verschiedenen Zeiten contrahirt hätten, dennoch zu gleicher Zeit ein Pfandrecht erlangten; der Fall trete ein, wenn sich beide ein Pfandrecht an rebus futuris bestellen ließen; hier erlangten beide das Pfandrecht mit dem Augenblick des Erwerbs zu gleicher Zeit. Dies finde indessen nur Statt beim Conventionalpfandrecht; denn beim gesetzlichen nehme das Pfandrecht an den rebus futuris schon in dem Augenblick, da

2) Im Pfandrecht § 164. Note 182. S. 242. verbis: Es wollen zwar einige dem Fiscus u. s. w.

3) Conjecturae Lib. II. cap. 10.

das Pfandrecht constituirt werde, seinen Anfang; und aus diesem Grunde sey der Fiscus, obwohl der jüngere Gläubiger, dem älteren, dessen conventionelles Pfandrecht erst mit dem Augenblick des Erwerbs seinen Anfang genommen habe, vorzuziehen gewesen. — Daraus würde denn nun folgen, daß nicht bloß der Fiscus, sondern überhaupt jeder, dem eine gesetzliche Hypothek zusteht, in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter demjenigen vorzuziehen sey, der sich durch Vertrag eine Hypothek hat constituiren lassen. Da es nun aber eine willkührliche Voraussetzung ist, als ob die gesetzliche Hypothek an rebus futuris früher anfangen sollte, als die conventionelle, da es für einen solchen Unterschied gar keinen vernünftigen Grund gibt, — indem sich Jenes nur etwa für einzelne Fälle behaupten ließe, wo nämlich nach den Ausdrücken des Gesetzes mit Sicherheit anzunehmen wäre, der Gesetzgeber habe den Anfang des Pfandrechts für das gegenwärtige und künftige Vermögen gleich gesetzt, oder, er habe gewollt, daß ein jüngerer Gläubiger dem älteren, auch in Hinsicht auf das künftige Vermögen, nachstehen solle, — und da überdies in unserer Stelle der Nachdruck auf dem letzten Wort *fiscus* zu ruhen scheint, und schon dadurch zu erkennen gegeben wird, daß hier beim Fiscus etwas Besonderes eintritt, vermöge dessen er dem Mitgläubiger, dessen Hypothek an sich gleich alt seyn würde, vorgeht, so ist auch die Erklärung des Anton Faber nicht befriedigend.

Am meisten hat sich Hellfeld [4]) um die Auflösung des uns von Ulpian aufgegebenen Räthsels bemüht. Er stimmt mit Anton Faber darin überein, daß die Hypothek

4) Diss. de hypotheca fisci, praesertim in bonis post contractum quaesitis (in opusculis nro. X.).

an rebus futuris erst mit dem Augenblick ihren Anfang nehme, da der Schuldner sie erwirbt, jedoch beschränkt er diesen Satz nicht, gleich jenem, auf eine conventionelle Verpfändung, sondern läßt ihn mit Recht allgemein gelten. Da aber daraus die Folge abzuleiten seyn würde, daß beide, der Fiscus und der Privatgläubiger, nur gleiche Rechte an den nach dem Contract erworbenen Gütern haben würden, so nimmt Hellfeld weiter an, der Fiscus sey prior in pignore, theils weil er tempore prior sey, theils weil er, abgesehen von der Zeit, den Vorrang habe, und in diesem doppelten Sinn sage Ulpian von ihm: Praevenit enim causam pignoris fiscus. Ersteres folge daraus, daß Fiscus zufolge der L. 45. D. de jure fisci das Recht habe, Güter, die der Schuldner hätte erwerben können, deren Erwerb er aber in fraudem fisci versäumt hat, zu vindiciren, und folglich seine Hypothek schon mit dem Augenblick ihren Anfang nehme, da dem Schuldner das Recht zu dem Erwerb angefallen sey, wohingegen die Hypothek eines Privatgläubigers erst mit dem Augenblick des wirklichen Erwerbs ihren Anfang nehme. Nun ist es zwar allerdings richtig, daß der Fiscus, vermöge eines besonderen gesetzlichen beneficii, das Recht habe, Güter, die der Schuldner hätte erwerben können und in fraudem fisci nicht erworben hat, zu vindiciren; allein, daß daraus folgen sollte, der Fiscus habe von dem Augenblick an gerechnet, da dergleichen Güter dem Schuldner angefallen sind, ein Pfandrecht daran, und daß Ulpian diese Idee im Sinne gehabt habe, kann nimmermehr zugegeben werden. Ebenso ließe es sich zwar annehmen, Ulpian habe mit den Worten: praevenit enim causam pignoris fiscus, sagen wollen, Fiscus sey der ältere Gläubiger, weil er der vorzüglichere ist; allein dann wird man fragen, warum ward denn dem Fiscus

nicht auch in Ansehung der vor dem Contract erworbenen Güter der Vorzug eingeräumt? [5])

Auf eben die Art, wie Westphal das Räthsel lös'te, um wieder auf diese zurückzukommen, lös'ten es auch schon ältere Rechtsgelehrte, und zum Theil sehr bedeutende, als Fornerius [6]), Doneau [7]), Gerhard Noodt [8]), Coccji [9]). Indessen kann man ihre Erklärung nicht für gelungen annehmen, ohne den Worten Gewalt anzuthun.

a) Ist in jener Stelle mit keiner Sylbe gesagt oder angedeutet, daß Fiscus der ältere Gläubiger gewesen sey. Dies hätte schon in den ersten Worten, welche die Aufgabe enthalten, die Ulpian lösen wollte, geschehen müssen — und würde auch ohne Zweifel geschehen seyn, wenn Fiscus wirklich der ältere Gläubiger gewesen wäre, — statt daß es nach jener Erklärung erst in dem Nachsatz zu errathen gegeben seyn würde. In dem Rechtsfall selbst würde Fiscus als der ältere Gläubiger vorkommen, nicht erst in der Entscheidung des Rechtsfalls, oder vielmehr gar erst in dem Grunde dieser Entscheidung.

b) Sagt Ulpian grade das Gegentheil. Denn jeder, welcher die Stelle mit unbefangenem Blick betrachtet, wird sagen: nach der Art, wie Ulpian sich ausdrückt, nimmt er den Fall an, da der Privatgläubiger der ältere ist. Wer die Stelle in's Deutsche übertragen wollte, könnte sie nicht anders übersetzen, als etwa so: Gesetzt, es hätte etwa Jemand, nachdem er mir sein ganzes gegenwärtiges und künftiges Vermögen verpfändet hatte, mit dem Fiscus einen Contract geschlossen, so würde, in Ansehung der nach dem Contract

5) Was nun folgt, gehört der zweiten Auflage an.

6) Sel. lib. 2. cap. 24.

7) Tract. de pign.

8) Com. ad D. tit. de pign. verbis: Nunc videndum etc.

9) Jus civ. controv. lib. 20. tit. 4. qu. 7.

erworbenen Güter, der Fiscus den Vorzug haben; so hat Papinian diesen Fall entschieden; so ist es auch im Gesetz verordnet u. s. w.

c) Wäre Fiscus der ältere Gläubiger gewesen, so würde er nicht bloß *in re postea acquisita* den Vorzug haben, sondern ebenso *in re antea acquisita.* Ulpian spricht ihm aber dadurch, daß er ihm in re postea acquisita den Vorzug einräumt, in re antea acquisita nicht undeutlich diesen Vorzug ab.

Und in der That kann er auch in re antea acquisita keinen Vorzug haben.

Es ist ein ausgemachter Grundsatz des römischen Rechts: wenn der Fiscus, der aus einem Contract etwas zu fordern hat, mit andern Pfandgläubigern zusammentrifft, hat er deshalb keinen Vorzug, weil er Fiscus ist; sondern es kömmt die Regel zur Anwendung: qui prior tempore, potior jure; nur dem jüngern Privatgläubiger geht der Fiscus vor; und der Privatgläubiger geht dem Fiscus vor, wenn er der ältere — oder vielmehr sein Pfandrecht das ältere ist [10]).

10) *L.* 8. *D. qui pot. in pign.* Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est: quia et privati praeferuntur. *Respublica* ist hier eine Stadt, ein Municipium (L. 1. §. 4. D. de aed. edicto. L. 68. D. ad leg. Falcidiam.). *Specialiter* heißt hier ausdrücklich; *specialiter* ist nämlich nicht bloß Gegensatz von generaliter, sondern wird auch mit *nominatim* gleichbedeutend gebraucht. *Brisson* de V. S. sub h. v. — *L.* 22. §. 1. *D. de jure fisci.* Res autem nexas pignori distrahere procuratores possunt. Sed si ante alii res obligatae sunt jure pignoris, non debet procurator jus creditorum laedere. Sed si quidem superfluum est in re, permittitur procuratori vendere ea lege, ut in primis creditoribus praecedentibus satisfiat: et si quid superfluum est, fisco inferatur; aut si acceperit totum fiscus, solvat ipse; vel simpliciter si vendidit procurator, jubebit pecuniam, quam deberi creditori privato fuerit probatum, exsolvi ei; et ita Divus Severus et Anto-

Der Vorzug des älteren Privatpfandgläubigers vor dem Fiscus geht nur nicht auf alle Güter des Schuldners, sondern man kann hier dreierlei Arten von Gütern unterscheiden:

1) Güter, die der Schuldner zu der Zeit besaß, als er dem Privatgläubiger sein Vermögen verpfändete;

2) Güter, die er nach dieser Zeit erwarb bis dahin, daß er dem Fiscus sich verbindlich machte;

3) Güter, die er nach dem Contract mit dem Fiscus erworben hat.

In Ansehung der ersten beiden Arten von Gütern hat Fiscus keinen Vorzug, sondern das ältere Pfandrecht des Privatgläubigers geht dem Fiscus vor; wohl aber hat Fiscus den Vorzug vor dem Privatgläubiger in Ansehung der Güter, die der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiscus erworben hat. An diesen Gütern würden beide an und für sich gleiche Rechte haben und bei dieser Gleichheit der Rechte hat Fiscus den Vorzug. Ulpian führt als Grund an: *Praevenit enim causam pignoris fiscus.* Wie, wenn *praevenire* hier in der Bedeutung gebraucht wäre, in der es, wenn gleich nur selten, doch auch, und zwar bei guten Schriftstellern, vorkömmt, wo es soviel bedeutet, als vorgehen, vorzüglicher seyn? Wenn also die Stelle soviel sagen wollte, als: dem Pfandrecht geht (in dieser Hinsicht) der Fiscus vor, weil er der Fiscus ist? — Es kann aber auch das: *Praevenit enim causam pignoris fiscus* bloß die Bedeutung haben: der Fiscus

ninus rescripserunt. *L. 2. C. de priv. fisci.* Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus; tamen, si, priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit, jus fisci causam tuam praevenit. Quod si post bonorum ejus obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in ejus bona cessat privilegium fisci.

hat contrahirt, ehe denn das Pfandrecht (des Privatgläubigers) an diesen Gütern — an diesen *bonis postea acquisitis* — entstehen konnte; da dann der eigentliche Grund, als nahe liegend, nicht ausdrücklich angegeben wäre, und es am Ende darauf zurückkommen würde: der Fiscus geht in bonis postea acquisitis vor, weil er der Fiscus ist. Diese Erklärung scheint die natürlichste zu seyn [11]). Darnach hat der Fiscus wirklich eine privilegirte Hypothek; und dieses Privilegium beschränkt sich auf die Güter, die der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiscus erworben hat. Allein, diese Hypothek ist an sich selbst nicht privilegirt, sondern der Fiscus hat eine Hypothek und daneben, in Hinsicht auf diese Güter, ein persönliches Privilegium. — Daß Güter nach dem Contract mit dem Fiscus erworben sind, muß in Ansehung derjenigen, von welchen er dies behauptet, der Fiscus, welcher den Vorzug in Anspruch nimmt, beweisen [12]). —

Es bleibt jetzt noch übrig, die Stelle Ulpian's mit einer andern, des Scävola, zu vergleichen. Beide gehören

11) Ich finde ihre Bestätigung bei Paul von Buysen (subtil. jur. lib. 5. c. 8.), welcher schreibt: Obstat *L.* 28. *D. de jure fisci*, ubi dicitur, si qui mihi obligaverit, quae habet habiturusve esset, cum fisco contraxerit, sciendum, in re postea acquisita fiscum potiorem esse. Respondetur, ibi definiri id, si quis privato bona, quae habet habiturusve esset, omnia obligaverit et postea cum fisco contraxerit, qui tacitam ipso contractu bonorum omnium etiam futurorum consequitur hypothecam, quoniam futurorum bonorum hypotheca non ante subsistere potest, quam comparata illa ipsa sunt; ideo concurrere privatum et fiscum in re postea quaesita, eoque fisci causam esse potiorem, non quia tempore aut hypothecario privilegio gaudet, sed quia in pari causa fisci conditio potior est, alias hypothecam habentibus non praefertur. Dem Paul von Buysen stimmt Finestres bei (ad Hermogenianum tom. 2. p. 1015.).

12) Das Folgende gehört wieder zur ersten Auflage.

unter die *cruces Jureconsultorum*, und jeder, der sich mit ihnen beschäftigt hat, wird aus eigner Erfahrung bestätigen, daß sie diesen Namen verdienen.

L. 21. *pr. D. Qui pot. in pign.*

Titius Sejae, ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione, similiter ut supra, de pignore convenit: quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Diese Stelle scheint nun den Satz umzustoßen, daß Fiscus in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter den Vorzug habe, ja nicht nur diesen, sondern zugleich auch jenen: daß die Hypothek an rebus futuris erst mit dem wirklichen Erwerb ihren Anfang nehme, und daß die mehrern Gläubiger daher an dergleichen Gütern gleiche Rechte haben, obgleich sie sich ein Pfandrecht zu verschiedenen Zeiten bestellen ließen.

Aller Widerspruch würde verschwinden, wenn es erlaubt wäre, mit Accursius und Cujacius [13]) die Stelle so zu verstehen, als sey nur die Frage gewesen, ob die Privatgläubigerinn dem Fiscus in Ansehung solcher Güter des Schuldners vorzuziehen sey, welche dieser vor dem Con-

13) Obs. Lib. X. obs. 22.

tract mit dem Fiscus erworben hatte, und als habe Scävola nur diese Frage zum Vortheil der Titia entschieden. Allein offenbar ist die Frage und die Entscheidung viel weiter gestellt. Indessen wird es sich bald zeigen, daß die Stelle mit Ulpian's Ausspruch durchaus nicht in Widerspruch stehe. Jedem, welcher die Stelle aufmerksam untersucht, wird es alsbald klar seyn, daß der Fiscus hier nicht als Fiscus, sondern wie jeder andre Gläubiger in Betrachtung kömmt, und daß der Umstand, welcher es zweifelhaft machte, wer von beiden dem andern vorzuziehen sey, bloß in der mit der Forderung des ältern Pfandgläubigers vorgegangenen Novation zu suchen sey. Der Titia wird zuerst ein allgemeines Pfandrecht bestellt, in der Folge auch dem Fiscus; darauf geht mit der Forderung der Titia eine Novation vor, jedoch gibt sie ihr Pfandrecht nicht auf, bedingt vielmehr, es solle fortdauern; nun frägt es sich, wer von beiden Gläubigern geht dem andern vor? Titia war die ältere Pfandgläubigerinn, Fiscus der jüngere, aber die Forderung der Titia, derentwegen ihr das ältere Pfandrecht zustand, ist erloschen, und eine neue an deren Stelle getreten, und zwar ist dies geschehen, nachdem die Forderung und das Pfandrecht des Fiscus entstanden waren, so daß dieser zwischen der alten und der neuen Forderung der Titia gleichsam in der Mitte steht. Dennoch hat die Titia den Vorzug, weil sie bei der Novation zur Bedingung machte, daß ihr Pfandrecht fortdauern solle, ganz im Einklange mit dem, was unten bei den Arten, wie das Pfandrecht erlischt, über den Fall, wenn mit der Hauptschuld eine Novation vorgeht, vorkommen wird. So klar dies ist, so ist damit der Widerspruch noch nicht gehoben. Denn Scävola begnügt sich, wie gesagt, nicht, der Titia den Vorzug zu geben vor

dem Fiscus in Ansehung solcher Güter, welche der Schuldner zu der Zeit, da die vorige Forderung mit dem Pfandrecht entstand, besaß, und solcher, die er seit diesem Zeitpunct bis zu dem Augenblick, da er mit dem Fiscus contrahirte, erwarb, sondern er zieht sie dem Fiscus überhaupt und auch in Ansehung solcher Güter vor, welche der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiscus und bis zu der Zeit hin, da sie gänzlich befriedigt seyn wird, donec universum debitum suum consequatur, erworben hat. Dies läßt sich, wenn man ehrlich und aufrichtig zu Werke gehen will, gar nicht leugnen. Also muß der Widerspruch dennoch zugegeben werden? Scävola wollte zwar die Frage gar nicht untersuchen und entscheiden, ob Fiscus oder der Privatgläubiger, in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter, den Vorrang habe; es war ihm nur um die Novation und die Folgen, welche sie unter gewissen Bedingungen nicht hat, zu thun; er hat aber doch bei dieser Gelegenheit sich so geäussert, daß man annehmen muß, im Widerspruch mit dem, was Ulpian lehrt, der Fiscus habe in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter keinen Vorzug, vielmehr komme es auch bei rebus futuris auf die prioritas temporis pignoris an! —

Wie aber, wenn Fiscus in dem Fall, wovon die Rede war, gar kein Pfandrecht an den rebus futuris gehabt hätte, wenn er also deshalb der Titia in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter den Vorrang nicht hätte streitig machen können? So scheint es allerdings. Es scheint, daß Fiscus zu den Zeiten des Scävola noch gar kein gesetzliches Pfandrecht an den Gütern desjenigen gehabt habe, mit dem er einen Contract geschlossen. Die Stelle, worin zuerst eines solchen gesetzlichen Pfandrechts Erwähnung geschieht, ist

ein

ein Rescript des Kaisers Antoninus Caracalla. (L. 2. C. in quibus causis pign.). Es läßt sich nun zwar nicht behaupten, daß grade erst durch diese Constitution das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus eingeführt sey; die Stelle selbst würde uns bald des Gegentheils überführen. Allein, womit will man beweisen, daß schon zu den Zeiten des Scävola und zu der Zeit, als Scävola jenes Responsum gab, es ein Gesetz gegeben habe, was dem Fiscus jene Hypothek ertheilt hätte? Wir glauben, die Stelle selbst werde das Gegentheil ergeben. Von einem gesetzlichen Pfandrecht des Fiscus kömmt darin keine Spur vor; vielmehr wird des Fiscus als eines solchen erwähnt, der sich ein conventionelles Pfandrecht hatte bestellen lassen. Wozu aber die Bestellung eines Pfandrechts durch Vertrag, wenn das Gesetz selbst schon ein solches bestellt gehabt hätte? Der Fiscus hatte sich also durch Vertrag ein Pfandrecht bestellen zu lassen nöthig, und es sich auch wirklich bestellen lassen. Von einem vertragsmäßigen Pfandrecht glauben wir mit Sicherheit annehmen zu können, daß es sich auf bona futura nicht anders erstreckte, als wenn ausdrücklich des künftigen Vermögens, als solle das Pfandrecht sich darauf mit erstrecken, Erwähnung geschehen war. Denn erst Justinian verordnete in der L. 9. C. Quae res pign., die durch Vertrag bestellte Generalhypothek solle sich in Zukunft auch auf res futuras erstrecken, wenn es bei der Verpfändung auch nicht ausdrücklich gesagt sey; — zum offenbaren Beweise, daß es bis dahin einer ausdrücklichen Verpfändung des künftigen Vermögens bedurfte.

Nun ist auf einmal alles klar. Die Titia hatte sich eine allgemeine Hypothek bestellen lassen, und dabei waren, wie Scävola nicht vergebens bemerkt, die bona fu-

tura ausdrücklich mit verpfändet. Fiscus hatte sich ebenfalls eine Generalhypothek bestellen lassen, und von ihm wird nicht gesagt, daß er sich auch bona futura mit verpfänden ließ (hier ist das Schweigen des Scävola so bedeutend, als dort seine Reden); daraus folgt nun, daß er an den nach dem Contract erworbenen Gütern gar kein Pfandrecht hatte, und daß ihm die Titia, welche bei der Novation, wie Scävola wiederum nicht vergebens bemerkt, similiter, *ut supra* (d. h. mit der Ausdehnung auf res futuras), de pignore convenit, in jeder Hinsicht vorgezogen werden mußte.

Ist diese Erklärung falsch, so muß man zugeben, daß Ulpian — mit Papinian, seinem Gewährsmanne — und Scävola einander widersprechen, daß sie ihren Entscheidungen abweichende Rechtsgrundsätze über den Anfang des Pfandrechts an bonis futuris zum Grunde gelegt haben, welches hier eben nicht wahrscheinlich ist. Denn, läge der Grund, weshalb die Seja dem Fiscus auch in bonis postea acquisitis vorgezogen ward, darin, weil das Pfandrecht an diesen bonis postea acquisitis schon mit der Bestellung anfängt, so müßte ja auch in dem von Ulpian angeführten Falle der Privatgläubiger dem Fiscus vorgezogen seyn, da Ulpian vielmehr in bonis postea acquisitis den Fiscus dem Privatgläubiger vorgehen läßt. —

Soviel über diese *cruces Jureconsultorum.*

Auch in Ansehung dessen, was Fiscus vom Primipilus zu fordern hat, pflegt man jenem eine privilegirte, und sogar eine besonders privilegirte, Hypothek beizulegen, und hier soll es auf den Unterschied nicht ankommen, ob die Güter vor oder nach dem Contract erworben sind. Nun könnte man ihm allerdings eine gesetzliche Hypothek beilegen, weil Fiscus und Primipilus (dem die Vertheilung des Sol-

des und der Lebensmittel unter die Cohorten oblag, der also ein Verwalter fiscalischer Geschäfte war) mit einander in Contractsverhältnissen stehen, und wenn er „*reliqua administrationis primipilariae*“ [14]) von ihm zu fordern hat, wie sollten ihm nicht die Güter desselben, wie sonst des Mitcontrahenten, verhaftet seyn? Allein, daß diese Hypothek privilegirt seyn sollte, nämlich mehr als jede andre und in einem andern Sinn, das läßt sich nicht behaupten, noch aus der Stelle, die man dafür anzuführen pflegt, beweisen [15]). Die Vorrechte des Fiscus in Ansehung der Primipilarschuld sind freilich ganz ausserordentlich; denn in subsidium muß auch die Frau mit ihrem eingebrachten Vermögen dem Fiscus haften und sogar sollen die unschuldigen Kinder, obgleich sie nicht Erben ihres verstorbenen Vaters geworden sind, für ihn zahlen [16]); aber von einem privilegirten Pfandrecht des Fiscus ist nirgends die Rede. Denn, da Fiscus berechtigt ist, in subsidium auch aus dem Brautschatz der Frau eines Primipilus seine Befriedigung zu suchen, so kann sie freilich in den Fall kommen, die Forderung ihres Brautschatzes gegen den Fiscus nicht geltend machen zu können, sondern ihm, dem Fiscus, das Vermögen ihres Mannes allein überlassen zu müssen. Sie steht ihm aber nicht nach, weil ihr Pfandrecht minder vorzüglich ist, sondern weil ihr Vermögen, wenn es nöthig ist, sogar zur Befriedigung des Fiscus mit verwandt wird. Man kann nicht sagen, hier gehe ein Pfandgläubiger dem andern vor; man kann nicht schließen: der Fiscus hat den Vorzug vor der Frau, folglich geht er auch allen denen vor, denen sie vorgeht, oder

14) L. 1. C. de priv. fisci.
15) L. 3. C. de primipilo.
16) L. 4. C. in quibus causis pignus. L. ult. C. de primipilo.

die mit ihr gleiche Rechte haben. Dieser Schluß gilt hier nicht [17]).

Zu den gesetzlichen und dabei privilegirten Hypotheken gehört ferner:

2) die Hypothek, welche der Frau wegen ihres dos und des augmenti dotis an den Gütern des Mannes zusteht. Es steht jedoch das privilegium praelationis nicht dem dos als solchem, sondern nur der Frau, wenn sie den dos zurückfordert [18]), und ihren Kindern zu, worunter auch Enkel mit begriffen sind, und zwar den Kindern und Enkeln, selbst nach den Worten der L. 12. §. 1. C. Qui pot. in pign., nicht bloß in dem Fall, wenn sie nach dem Tode der Mutter mit der Stiefmutter, die ebenfalls einen dos zurückfordert, concurriren, sondern überhaupt [19]).

Da das privilegium praelationis bloß der Frau und ihren Kindern beigelegt ist, so geht es, auffer den Kindern, auf keine andere Erben, und noch weniger mit der Forderung auf einen successor singularis über.

Ist der Mann aus verschiedenen Ehen einen dos schuldig, so entscheidet den Vorrang unter den privilegirten Hypo-

17) Es verdient noch bemerkt zu werden, daß, wenn Jemand für den Schuldner zahlt und den Fiscus befriedigt, die Vorrechte des Letztern — das *jus fisci* — auf ihn zum Behuf der Wiedererstattung zwar übergehen, jedoch nicht anders, als wenn der zuständige Richter sie auf ihn übertragen hat. *L. fin. C. de privilegio fisci.* Si in te jus fisci, cum reliqua solveres debitoris, pro quo satisfaciebas, tibi competens judex adscripsit et transtulit: ab his creditoribus, quibus fiscus potior habetur, res, quas eo nomine tenes, non possunt inquietari.

18) §. 29. *J. de action.* Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum *ipsa* mulier de dote sua experiatur, *cujus solius providentia hoc induximus.*

19) Von dem Letzteren behauptet das Gegentheil v. Löhr (Archiv für die civil. Praxis S. 290 folg.).

theken der verschiedenen Frauen oder deren Kinder die prioritas temporis [20]).

Eine streitige Rechtsfrage ist es, ob auch den Frauen der Juden das privilegium dotis zu Gute komme. Die Frage wird unter Beziehung auf die Nov. 109. Cap. 1. verneint von Pufendorf [21]), Struben [22]), Cramer [23]), besonders von Walch [24]). Allein in jener L. 12. C. Qui pot. in pign., wodurch den Frauen in Rücksicht des dos und dessen Hypothek das privilegium praelationis ertheilt ward, ist auf die Verschiedenheit der Religion keine Rücksicht genommen, und ebensowenig sind jüdische Ehefrauen durch die Nov. 109. von dem privilegio praelationis ausgeschlossen. Das Gesetz spricht nur von uxoribus haereticis, welche an den Vortheilen, die Justinian den Ehefrauen zugestand, keinen Theil nehmen sollen; zu den haereticis sind aber die Juden, und also auch jüdische Frauen, keinesweges zu rechnen [25]). Noch weniger läßt sich, was Justinian von uxoribus haereticis verordnete, auf die verschiedenen in Deutschland recipirten oder geduldeten christlichen Religionspartheien anwenden.

3) Zu den gesetzlichen und dabei privilegirten Hypotheken gehört ferner die specielle Hypothek der Pupillen und Minderjährigen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen [26]).

Es gehört dahin

4) die specielle Hypothek, die derjenige, welcher zur Wie-

20) L. 12. §. 1. C. cit.

21) Obs. jur. un. tom. 1. obs. 108.

22) Rechtl. Bed. Bd. 3. Bed. 68.

23) Nebenstunden, Thl. 3. N. 2 und 3. Thl. 96. S. 68.

24) Diss. de privilegio dotis Judaeae (in opusc. tom. 3.).

25) Meine Ausbeute von Nachforschungen, 3. Theil. S. 209 folg.

26) L. 7. pr. D. Qui pot. in pign.

derherstellung eines Gebäudes Geld angeliehen hat, an dem wiederhergestellten Gebäude hat. Diese gesetzliche Hypothek gehört zu den privilegirten, wenn das zur Wiederherstellung des Gebäudes angeliehene Geld auch wirklich zu diesem Behuf verwandt ist, was der Gläubiger nöthigenfalls zu beweisen hat. Die L. L. 5 et 6. pr. et §. 1 et 2. D. Qui pot. in pign. stellen nämlich den Grundsatz auf: Jeder spätere Pfandgläubiger geht dem ältern vor, wenn das Geld, was der jüngere hergab, auf die Erhaltung der Sache verwandt ist, die dem ältern Gläubiger und nun auch ihm zum Pfande dient. Aus diesem Grundsatz folgt dann, daß jene legale Hypothek desjenigen, der in restitutionem aedificii angeliehen hat, unter jener Voraussetzung, zu den privilegirten gehören müsse. Von ihm kann man mit dem größten Recht sagen: Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam, wie es in der L. 6. pr. cit. heißt. Ohne die Dazwischenkunft des spätern Gläubigers würde der ältere, wegen Mangels am Object, gar kein Pfandrecht haben. Ein eignes Gesetz, wodurch jene Hypothek mit einem besondern Vorzuge versehen worden wäre, gibt es nicht.

B. Privilegirte Conventional-Hypotheken.

Zu den privilegirten Conventional-Hypotheken gehört

1) die Hypothek desjenigen, mit dessen Gelde eine Sache erkauft ist. Es wird vorausgesetzt: a) daß der Gläubiger das Geld zum Ankauf angeliehen habe, vor der Perfection des Handels oder wenigstens vor der Tradition; b) daß das Geld zum Ankauf verwandt ist, ein Umstand, den der Gläubiger zu beweisen hat; und c) daß er sich sogleich bei der Anleihe eine Hypothek, und zwar nach der gemeinen Lehre eine specielle, an der mit seinem Gelde zu erkaufenden Sache

constituiren ließ [27]); denn eine gesetzliche Hypothek hat er nicht, sondern nur eine conventionelle, und unter obigen Voraussetzungen privilegirte [28]).

Verschieden hiervon ist der Fall, da der Gläubiger, nachdem der Handel bereits zu Stande gekommen, und durch Tradition consumirt ist, eine Anleihe macht zur Abtragung rückständiger Kaufgelder. Gesetzt auch, daß das Geld zu diesem Zweck angewandt wird, so kann man doch von ihm nicht sagen, daß die Sache mit seinem Gelde erkauft oder angeschafft sey, und ein solcher befindet sich daher nicht in dem Fall des den Vorzug ertheilenden Gesetzes; er hat kein qualificirtes Pfandrecht, und selbst ein einfaches nur dann, wenn er sich ein Pfandrecht ausbedungen hat.

Zu der Hypothek desjenigen, mit dessen Gelde eine Sache erkauft ist, welche er sich verhypothesiren ließ, gehört als Unterart die Hypothek desjenigen, der ad emendam militiam eine Anleihe gemacht hat. Es gab nämlich am Hofe der römischen Kaiser gewisse Aemter, welche erblich und käuflich waren. Dergleichen Aemter waren in der allgemeinen Hypothek begriffen

27) Conf. *Hofacker* Princ. jur. civ. tom. II. §. 1209.

28) *L.* 21. §. 1. *D. L.* 7. *C. Qui pot. in pign.* Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. Das Gesetz, was keinen neuen Rechtssatz einführt, sondern nur von einem bereits geltenden redet, spricht ausdrücklich nur von unbeweglichen Sachen. Indessen ist deren vielleicht nur in besondrer Beziehung auf den Fall, wovon grade die Rede ist, erwähnt, indem kein Grund zu erreichen ist, weshalb die Qualität der Sache hier in Betracht kommen könnte, und dann spricht die Novelle 97. Cap. 3. auch von Schiffen, an welchen auch derjenige, mit dessen Gelde sie erkauft sind, eine privilegirte Hypothek habe, und auch dieser wird nur beispielsweise erwähnt.

fen, und konnten auch speciell verpfändet werden [29]). Wer nun zur Erlangung einer solchen militia eine Anleihe machte, ging allen übrigen Gläubigern vor; es ward jedoch vorausgesetzt, 1) daß das Geld zum Ankauf angeliehen, und 2) daß es dazu auch verwandt worden; dies zweite Erforderniß beweist die Ueberschrift der Nov. 97. Cap. 3. De privilegio dotis et creditorum, ex causa militiae *emtae*, und die Anfangsworte des folgenden Cap.: „Quia vero et hujus„modi quaedam aditiones nobis factae sunt, eo, quod „quidam *aliorum militant pecuniis*" etc., und 3) daß der Gläubiger sich sogleich bei der Anleihe die militiam venalem verpfänden ließ; denn eine gesetzliche Hypothek ist einem solchen Gläubiger so wenig, als überhaupt demjenigen, der zum Ankauf eines andern Objects angeliehen hat, beigelegt. Ueberhaupt ist, wie auch gleich Anfangs bemerkt ward, diese privilegirte Hypothek an der militia nur als species der privilegirten Hypothek an der mit unserm Gelde erkauften Sache zu betrachten, und sie hat nur das Eigne, daß sie noch besonders privilegirt ist. — Da es nach unsrer Verfassung keine Aemter gibt, die *de jure* erblich und käuflich wären, so ist von dieser privilegirten Hypothek weiter kein Gebrauch zu machen, — wenigstens vor der Hand nicht. —

Cujacius lehrt und Westphal stimmt ihm bei, die privilegirte Hypothek des Gläubigers, mit dessen Gelde eine Sache erkauft ist, kommt nicht bloß demjenigen zu Gute, dem diese Sache sogleich bei der Anleihe besonders verpfändet ist, sondern sie steht ebenso gut demjenigen zu, dem alle Güter, folglich auch jene Sache mit, verpfändet worden. Es ist genug, daß er nur überhaupt ein Pfandrecht hat, da der Grund des Vorzugs in der Art der Forderung,

29) L. 27. C. de pign. et hyp. Nov. 53. Cap. 5.

nicht in der Art des Pfandrechts beruht [30]). Diese Meinung verdient, daß man sie an die Stelle der gemeinen setze. Es kann nämlich in Hinsicht auf die einzelne Sache, in Ansehung deren Jemand einen Vorzug in Ansprache nimmt, nicht darauf ankommen, ob sie besonders oder als begriffen in der allgemeinen Verpfändung verpfändet ist. Zwar reden die beiden hieher gehörigen Stellen von einer besonders geschehenen Verpfändung. Die eine — L. 21. §. 1. D. qui pot. in pign. — handelt von einem vorgekommenen Rechtsfall, da die mit dem dargeliehenen Gelde anzuschaffende Sache besonders verpfändet, d. h. da auffer ihr eben sonst nichts verpfändet war, und kann gar nichts beweisen. Desto mehr scheint die zweite — L. 7. C. qui pot. in pign. — zu beweisen. Denn sie stellt nur bei Gelegenheit eines Rechtsfalls den allgemeinen Rechtssatz auf: Eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse *specialiter* obligatum statim convenit, omnibus anteferri. Indessen läßt sich der Ausdruck: *specialiter* auch hier durch ausdrücklich erklären, und es sollte dadurch angedeutet werden, daß der bloße Umstand, daß eine Sache mit unserm Gelde erkauft ward, uns keine gesetzliche Hypothek verleiht. Das Gesetz will also sagen: der Gläubiger geht in Hinsicht auf die mit seinem Gelde erkaufte Sache andern Pfandgläubigern vor, nur muß ihm freilich überhaupt ein Pfandrecht zustehen, und also, da ihm kein gesetzliches zusteht, muß er sich die Sache — diese Sache — haben verpfänden lassen; entweder besonders oder mit andern. Auch muß die Verpfändung, die allgemeine oder besondre, sogleich bei der Anleihe geschehen seyn.

30) *Cujac.* ad L. 7. C. qui pot. in pign. Westphal im Pfandrecht §. 158. am Ende der Note.

Am sichersten wird man freilich gehen, wenn man sich, so lange es noch Zeit ist, die anzuschaffende Sache besonders verpfänden läßt; aber wäre es nicht geschehen und es käme zum Streit, so würde der Streit zum Vortheil des Gläubigers, der sich die Sache nur mit andern verpfänden ließ, zu entscheiden seyn. Nimmt man nun dies von verpfändeten Sachen, die mit des Gläubigers Gelde erkauft sind, im Allgemeinen an, so muß man dasselbe auch von der militia venalis gelten lassen; — wovon doch Westphal [31]) das Gegentheil lehrt.

Zu den privilegirten conventionellen Hypotheken würde ferner

2) die Hypothek eines jeden zu rechnen seyn, von dem man sagen kann, daß durch das von ihm Vorgeschossene die Sache erhalten ist. Dies setzt aber voraus, daß er sich eine Hypothek constituiren lassen, da nur demjenigen, der in restitutionem aedificii baares Geld angeliehen hat, schon das Gesetz selbst die Hypothek ertheilt hat.

Ausser diesen genannten Hypotheken und ihren Unterarten, gibt es keine andere conventionelle privilegirte Hypotheken. Zwar rechnen Manche die Hypothek desjenigen, der sich beim Verkauf wegen des rückständigen Kaufgeldes eine Hypothek an der verkauften Sache vorbehalten hat, zu den privilegirten. Ein Gläubiger dieser Art hat hin und wieder nach Particulargesetzen ein Separationsrecht, gleich demjenigen, dem schon eine Hypothek an der Sache zustand, als der Verschuldete sie erwarb, oder m. a. W. dem der vormalige Eigenthümer ein Pfandrecht daran constituirte. Nach gemeinem Recht ist es anders. Der Verkäufer, der sich eine Hypothek ausbedingt, kann eine Hypothek nicht erwerben, solange er selbst noch Ei-

31) Im Pfandrecht §. 161.

genthümer ist; sie kann erst ihren Anfang nehmen, sobald die Sache res aliena geworden, also, wenn er die verkaufte Sache übergeben, und dadurch den Schuldner, der ihm im Voraus eine Hypothek ertheilte, zum Eigenthümer gemacht hat. Man kann also hier nicht sagen, die Sache sey cum onere hypothecae auf den Käufer übergegangen; das onus hypothecae entstand erst nach dem Uebergange, oder in dem Augenblick, als die Uebergabe vollendet war. Vergebens beruft man sich also auf die **L. 12. C. de distr. pign.**, um dadurch zu beweisen, daß dem Verkäufer ein Separationsrecht beim Concurse des Käufers zustehe [32]). Und ebenso vergebens beruft man sich darauf, um zu beweisen, daß der Verkäufer in Ansehung der vorbehaltenen Hypothek unter den übrigen hypothecarischen Gläubigern auf einen Vorrang, ausser dem Vorrang der Zeit, Ansprache machen könne. Hier beweist die **L. 12. cit.** oder der Grundsatz: **Transit res oppignorata cum suo onere**, vollends gar nichts, da er, wenn hier da-

32) S. auch Gmelin Ordnung der Gläubiger, Kap. 3. §. 4. Auch Thibaut erklärt sich in den civil. Abhandlungen S. 318 und 319. gegen das Separationsrecht des Verkäufers, der sich eine Hypothek vorbehalten hat, weil man nicht sagen könne, daß die Sache cum hoc onere auf den Käufer übergegangen sey. Er führt dabei zur Bestätigung zwei Gesetzstellen an, die hier eine Stelle finden mögen. *L. 1. §. ult. D. de rebus eorum, qui sub tutela. Ulpianus lib. 35. ad edictum.* Si minor 25 annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus quaesitum est minori, coepit non posse obligari. *L. 2. eod. Paulus libro singulari ad orationem D. Severi.* Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, non dubitatio est, quin jus pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur. Der Grund des Unterschiedes scheint darin zu bestehen, daß die Hypothek des Fiscus durch das Gesetz bestellt ist.

von überhaupt die Rede seyn könnte, in dieser Hinsicht zu viel beweisen würde. Auch die L. 7. C. Qui pot. in pign. (cit.) und die Nov. 97. cap. 3. (cit.) beweisen nichts für das behauptete Privilegium dieser Hypothek. Wenn hier auch derselbe Grund vorhanden wäre, welcher für denjenigen spricht, mit dessen Gelde die verpfändete Sache erhalten oder angeschafft ist, oder ein noch stärkerer, so beruht doch jeder besondre Vorzug einer Hypothek auf einer Abweichung von der Regel: Qui prior tempore, potior jure, oder auf einem jus singulare, und läßt daher keine Ausdehnung zu [33]).

Um eine kurze Uebersicht über die prilegirten Hypotheken zu haben, darf man nur bemerken. Privilegirt sind:

1) die Hypothek des Fiscus wegen der Steuern — gewissermaßen auch wegen der Forderungen aus einem Contract überhaupt;

2) die Hypothek der Frau, oder die Frau mit ihrer Hypothek wegen des dos;

3) die Hypothek desjenigen, mit dessen Gelde eine Sache erhalten oder angeschafft ist. Ausser diesen gibt es keine privilegirte Hypotheken. Sie sind hier alle namentlich genannt, oder unter den zuletzt genannten begriffen. Insbesondre ist auch die Hypothek der Pupillen an der mit ihrem Gelde erkauften Sache species der Hypothek desjenigen, mit dessen Gelde eine Sache angeschafft ist.

Unter den privilegirten Hypotheken, die es wirklich sind, sind einige besonders privilegirt, so daß sie, wenn sie mit

33) Eine privilegirte Hypothek gesteht auch Thibaut a. a. O. S. 317. demjenigen zu, der sich beim Verkauf ein Pfandrecht vorbehalten hat. Denn juristisch sey es einerlei, ob Jemand den Kaufpreis leihet oder creditirt.

andern, obgleich ältern, privilegirten Hypotheken collidiren, dennoch den Vorzug vor ihnen behaupten.

§. 36.

Von besonders privilegirten Hypotheken.

Zu solchen besonders privilegirten Hypotheken rechnen manche die Hypothek der Frau wegen ihres dos. Die L. 12. C. Qui pot. in pign. sowenig, als die Nov. 97. beweisen diesen Satz. In der L. 12. C. cit. heißt es zwar:

> Sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, *potiora jura contra omnes habere mariti creditores*;

die Frau soll also allen übrigen Gläubigern vorgehen. Allein es heißt weiter:

> *licet anterioris sint temporis privilegio vallati*,

wenn ihre Hypotheken auch älter sind. Dies ist aber nichts Besonders, sondern drückt das Wesen der privilegirten Hypothek überhaupt aus. Zwar könnte man das Wort privilegium entgegenstellen, und die Stelle so auslegen wollen, die Frau solle mit ihrer Hypothek allen, auch ältern, privilegirten Hypotheken vorgehen. Allein der Ausdruck: *privilegium* anterioris temporis deutet hier nur den Vorrang an, den die *prioritas temporis* gewährt [1]). Justinian gab den Frauen durch jene L. 12. C. also eine privilegirte Hypothek, nicht aber sogleich eine besonders privilegirte. Daß dem also sey, beweist auch die Nov. 97. Cap. 3 und 4. Die Frage, die hier zur Untersuchung kam, hätte gar nicht aufgeworfen

1) Dasselbe behauptet Dabelow vom Conc. der Gläubiger S. 303.

werden können, wenn Justinian schon zuvor bestimmt gehabt hätte, Frauen sollten allen übrigen, auch ältern privilegirten Hypotheken vorgezogen werden.

Der Inhalt der angeführten Cap. der Nov. ist kürzlich dieser: Justinian bemerkt, daß einigen Hypotheken ein besondrer Vorzug beigelegt sey, vermöge dessen sie ältern (einfachen) Hypotheken vorgingen. Dies sey der Fall namentlich mit der Hypothek derjenigen, mit deren Gelde die verpfändete Sache angeschafft oder erhalten sey. Es seyen aber Zweifel darüber erregt worden, ob Hypotheken dieser Art, wenn sie auch jünger wären („veniat autem alter creditor, *posterior quidem,* contendens autem pecuniis suis emtam aut reparatam navem aut domum aut agrum“ etc.), nicht der ältern Hypothek der Frau, welcher er doch ebenfalls ein privilegium praelationis beigelegt habe, vorgezogen werden müßten (Zweifel, die sehr natürlich waren). Ihm selbst habe die Sache sehr bedenklich geschienen, er sich jedoch nach langem Erwägen dahin entschieden, wie es billig sey, daß die Frau dergleichen privilegirten Hypotheken nicht weichen dürfe. Plurimum igitur, heißt es, super his cogitantes, non invenimus, mulierem juste existentem cedere alicui tali privilegio. Er verordne daher, daß dergleichen privilegirte Hypotheken der privilegirten Hypothek der Frau den Vorzug nicht streitig machen sollten, — wenn sie nämlich jünger wären, die Hypothek des dos aber älter, als wovon die Rede war. Volumus igitur secundum hoc, heißt es, ut si quis domum renovasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia privilegia mulieribus opponere.

Nachdem Justinian im 3ten Cap. die Regel aufgestellt hat, die Frau solle mit ihrer ältern privilegirten Hypothek den jüngern privilegirten Hypotheken nicht nachstehen, macht

er im folgenden Cap. eine Ausnahme von der Regel: Nämlich demjenigen, der in militiam emendam creditirt und sich dabei den Vorzug ausbedungen hat, soll die Frau weichen, und nur diesem allein. — — Sancimus — — huic soli casui cedere mulierem. Also demjenigen, mit dessen Gelde die Sache erhalten und im Allgemeinen auch demjenigen, mit dessen Gelde die Sache angeschafft ist, steht die Frau nicht nach, nur demjenigen, mit dessen Gelde eine *militia* angeschafft ist, mithin dieser einen species des crediti in rem emendam.

Hieraus erhellt nun, daß die Hypothek der Frau wegen ihres dos keinesweges besonders privilegirt sey; es erhellet daraus, daß nur gewisse andere privilegirte Hypotheken nicht vor der ihrigen privilegirt sind.

Es ist indessen nicht zu leugnen, daß zwei Stellen der Novelle es einigermaßen zweifelhaft machen könnten, ob nicht die Hypothek der Frau besonders privilegirt und deshalb ältern privilegirten Hypotheken vorzuziehen sey.

Hierher gehört zuvörderst der Schluß des 3ten Cap., wo es nach den vorhin angeführten Worten: Volumus igitur secundum hoc etc. weiter heißt: Infirmitatem namque muliebris naturae satis novimus et quia facile circumventiones fiunt adversus eas. minui autem iis dotem nullo sinimus modo. *Sufficit enim, quod a lucris cadunt, si priora antenuptiali donatione inveniantur*, et sufficiens quoddam extet eis ex hoc damnum: non etiam eas volumus et circa ipsam dotem periculum sustinere. Anton Faber hat die Stelle so verstanden: Jene privilegirten Hypotheken sollten der donatio p. n. vorgehen, wenn sie älter wären, si priora antenuptiali donatione inveniantur; daraus schließt er nun, dem *Dos* müßten sie nachstehen,

wenn sie auch älter wären. Allein, diese Erklärung ist offenbar falsch, und führt auf eine handgreifliche Absurdität, da es das Wesen der privilegirten Hypothek ist, daß sie einer einfachen, wie die Hypothek der Frau wegen der Donatio propter nuptias ist, schon von selbst vorgeht, auch wenn sie nicht älter ist, sondern jünger. Justinian will sagen: es ist für die Frau Verlust genug, daß ihr das Lucrum der Donatio pr. n. entgeht, wenn sie mit Gläubigern concurrirt, deren Hypotheken der ältern Hypothek der Donatio pr. n. vorzuziehen sind, weil sie zu den privilegirten gehören; sie soll nicht auch mit ihrer ältern privilegirten Hypothek wegen des Dos jüngern privilegirten Hypotheken nachstehen [2]).

Größern Zweifel als diese Stelle könnte eine andere erregen; nämlich, nachdem vorher gesagt ist, bloß der Hypothek desjenigen, der in emendam militiam creditirt habe, solle die Frau nachstehen, heißt es ganz am Schluß des Cap. 4. „*aliis omnibus praevalere mulierem*, secundum quod jam a nobis eis datum est privilegium.“ Also soll die Frau nur dieser privilegirten Hypothek weichen, allen übrigen aber vorgehen? — Sed incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere [3]). Sieht man also das ganze Gesetz im Zusammenhange an, so wollte Justinian bloß die Frage untersuchen und entscheiden, ob die Frau, wegen der ältern Dotalhypothek, jüngern privilegirten Hypotheken nachzusetzen sey. Er fand dieses sehr bedenklich, entschied aber zum Vortheil der Frau: Sie solle jenen nicht nachstehen, also gleiche Rechte ha-

2) Auch Westphal versteht die angeführten Worte: Si priora antenuptiali donatione inveniantur, nicht von der Prioritas temporis, sondern von der privilegirten Hypothek. S. Westphal Pfandrecht §. 161. Note 179.

3) L. 24. D. de leg.

haben, und die Prioritas temporis den Ausschlag geben. Wenn Justinian dies nun schon bedenklich fand und erst nach langem Erwägen sich zu solcher Entscheidung entschloß, so läßt sich wohl nicht annehmen, daß er der Frau sogar einen Vorzug habe einräumen wollen vor denen, die ihr sogar hätten vorgezogen werden müssen, — und daß dies, wovon zuvor die Rede gar nicht gewesen war, ganz verloren am Ende hätte bestimmt seyn sollen. Vielmehr ist die Stelle von einem auf die prioritas temporis gegründeten Vorzuge vor allen andern jüngern privilegirten Hypotheken — dem eigentlichen Vorwurf des Gesetzes — zu verstehen.

Die Hypothek der Frau ist also nicht besonders privilegirt, wohl aber ist es die Hypothek desjenigen, qui in militiam emendam credidit.

Vor allen aber ist die Hypothek des Fiscus privilegirt, und zwar wegen der öffentlichen Steuern und Abgaben [4]).

Gehört zu den besonders privilegirten auch die Hypothek des Fiscus wegen der Forderungen aus einem Contract überhaupt, in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter? — Nein! Daß diese Hypothek besonders privilegirt sey, davon findet sich in den Gesetzen keine Spur. Die Hypothek des Fiscus, wegen der Forderungen aus einem Contract, an den nach dem Contract erworbenen Gütern, gehört überhaupt nicht eigentlich zu den privilegirten Hypotheken, wenigstens müssen andre privilegirte Hypotheken dieser vorgehen, weil ihr Privilegium das stärkere ist, indem sie

4) *L.* 1. *C. si propter publ. pensitat.* Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente. Potior est enim causa tributorum, quibus *priore loco omnia* bona cessantis obligata sunt.

vermöge desselben auch ältern einfachen Hypotheken vorgehen, wohingegen Fiscus nur solchen vorgezogen wird, die mit der seinigen gleich alt seyn würden, denen er aber, als wäre seine Hypothek die ältere, vorgesetzt wird. Nichts desstoweniger nimmt Dabelow [5]) an, daß auch diese Hypothek des Fiscus zu den besonders privilegirten gehöre, und daß überhaupt der Fiscus wegen seiner verschiedenen hypothekarischen Forderungen allen übrigen Hypotheken, auch den privilegirten, der Privatgläubiger vorzuziehen sey, und beruft sich auf die Anfangsworte der *L.* 3. *C. de primipilo:* Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus. Wir wollen nicht behaupten, daß es nicht consequent, und in sofern besser gewesen wäre, wenn die römischen Imperatoren ihrem Fiscus durchgreifend den Vorzug vor allen Privatgläubigern beigelegt hätten, aber, daß es geschehen seyn sollte, läßt sich nicht beweisen. Jene Worte: Utilitas publica etc. enthalten keine allgemeine Regel, wie auch bereits oben bemerkt ist, sondern den Grund des folgenden besondern Satzes wegen des Vorzugs des Fiscus in Ansehung der Primipilarschuld. Auch würden sie ein argumentum nimium probans darbieten, sie würden zuviel, mithin gar nichts, beweisen. Es würde daraus folgen, daß Fiscus auch in Ansehung der vor dem Contract erworbenen Güter Privatgläubigern vorzuziehen sey, was, wie es scheint, Dabelow doch selbst nicht einmal behauptet hat, ja daß auch sogar wegen solcher Forderungen, derentwegen dem Fiscus überall keine Hypothek zusteht, dieser den Vorzug behaupten müsse.

Es entsteht die Frage, ob die Vorzüge des Fiscus wegen der Steuern und Abgaben nicht seit der oft angeführ-

5) Vom Concurse der Gläubiger. S. 301 und 302.

ten Nov. 97. wegfallen müssen. Hat doch Justinian hier bestimmt, die Frau solle keinem andern, als demjenigen, welcher in emendam militiam creditirt hat, weichen. Hiernach könnte man sagen, sie dürfe auch dem Fiscus nicht nachstehen, und also dürfen es auch die übrigen privilegirten Gläubiger nicht, die mit ihr gleiche Rechte haben.

Allein Justinian hat in der Nov. nur das Verhältniß der Frau zu gewissen privilegirten Gläubigern bestimmt, zu den privilegirten Gläubigern außer dem Fiscus. Ihr und den übrigen privilegirten Gläubigern mit dem Fiscus gleiche Rechte beizulegen, war gewiß seine Meinung nicht. Vom Fiscus, der ihm doch so nahe lag, schweigt er gänzlich, und gibt dadurch zu erkennen, daß es in Ansehung dessen bei den ältern Rechtsgrundsätzen das Bewenden behalten solle [6]).

Hiernach würde nach reinem römischen Recht unter den privilegirten Pfandgläubigern der Fiscus wegen der Steuern den ersten Platz einnehmen; indessen ist es bekannt, daß sie durch ganz Deutschland unter die absolut privilegirten Gläubiger der ersten Klasse gesetzt werden. Auf den Fiscus würde folgen, wer in militiam emendam creditirt hat, in Ansehung der militia. Ein Gläubiger dieser Art kann nun aber bei uns nicht vorkommen.

Unter den übrigen privilegirten Gläubigern findet kein besonderer Vorrang Statt. Weder die Frau, noch diejenigen, mit deren Gelde die Sache erhalten oder angeschafft ist, genießen eines besondern Vorzugs. Die Letztern sollten freilich den Vorzug vor allen übrigen hypothekarischen Gläubigern haben. Das Privilegium ihrer Hypothek ist das einzige, was mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit bestehen kann, die übri-

6) S. auch Dabelow a. a. O. S. 301.

gen, und besonders das Privilegium der Frau, beruhen auf einer Ungerechtigkeit, und sind dem Credit nachtheilig. Wenn es aber neben ihnen noch andre privilegirte Hypotheken gibt, so sollten sie und sie allein eines besonderen Vorzugs genießen, und wenn sie mit einander collidiren, wenn z. B. das Haus mit dem Gelde des einen angeschafft, darauf eingeäschert und mit dem Gelde des andern wieder aufgeführt ist, so sollte der Letztere vor dem Erstern den Vorzug behaupten. Die Gesetze haben es nun einmal anders bestimmt.

Unter diesen übrigen privilegirten Hypotheken, da sie sich einander die Wage halten, entscheidet, wenn sie zusammentreffen, die prioritas temporis. Sie entscheidet, wenn privilegirte Hypotheken verschiedener Art mit einander in Collision gerathen; wie dies unter andern aus der angeführten Nov. 97. Cap. 3. und 4. erhellet; sie entscheidet auch, wenn Hypotheken derselben Art collidiren, z. B. dos mit dos zufolge der L. 12. C. §. 1. cit. in fine.

§. 37.

Oeffentliches, Privatpfandrecht.

Der Unterschied zwischen einem öffentlichen und Privatpfandrecht nach römischem Recht hat in der L. 11. C. qui pot. in pign. seinen Sitz. Hier verordnet der Kaiser Leo, daß derjenige, dessen Hypothek sich auf eine öffentliche Urkunde gründet, demjenigen vorgezogen werden soll, dessen Hypothek in einer Privaturkunde constituirt ist, wäre diese (Hypothek) auch älter, als jene. Die angeführte L. 11. C. qui pot. in pign. lautet folgendermaßen:

> Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, trans-

igendi vel paciscendi sive foenerandi vel societatis coeundae gratia, sive de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur (quae *ἰδιοχειρα* graece appellantur), sive tota series earum manu contrahentium vel notarii vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non, licet conditionales sint (quos vulgo tabularios appellant), sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex ejusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur; nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

Ein öffentliches Pfandrecht iſt hiernach dasjenige, was ſich auf eine öffentliche Urkunde oder eine ſolche, welche in dieſer Sphäre ihr gleich zu achten iſt, — ein Privatpfandrecht hingegen dasjenige, was ſich auf eine Privaturkunde gründet, und die Verſchiedenheit zwiſchen beiden, dem öffentlichen und Privatpfandrecht, wird nicht ſowohl durch die verſchiedene Beſtellungsart, ſondern vielmehr durch die Verſchiedenheit des Beweismittels beſtimmt, nämlich durch die Verſchiedenheit der Urkunde, wodurch das conſtituirte Pfandrecht dargethan wird.

Welche Urkunden bei den Römern zu den öffentlichen gerechnet wurden, hiſtoriſch zu unterſuchen, iſt gleichgültig; alles, was wir gegenwärtig eine öffentliche Urkunde nennen,

ist tauglich, ein öffentliches Pfandrecht zu begründen. Ein öffentliches Pfandrecht ist hiernach dasjenige:

1) was vor Gericht ertheilt ist, und durch die Acten vor Gericht erwiesen wird;

2) auch dasjenige, was vor einer jeden andern Behörde bestellt ist, der, ohne daß sie mit Gerichtsbarkeit versehen wäre, das Recht zusteht, Handlungen, die vor ihr vorgegangen sind, öffentlichen Glauben zu verschaffen;

3) dasjenige, was vor Notar und (2) Zeugen constituirt ist, denn auch dem Notar ist das jus actorum et fidei publicae beigelegt.

4) Nach der angeführten Leonischen Constitution sollen den öffentlichen Urkunden, in Beziehung auf das Pfandrecht, gleichgelten Urkunden, die vor 3 Zeugen, welche Mannspersonen und unbescholten sind, errichtet und von ihnen mit unterschrieben sind. Da das Gesetz von dergleichen Urkunden sagt: quasi publice confecta accipiuntur, so nennt die Doctrin dergleichen Urkunden instrumenta *quasi* publica, und ein Pfandrecht, was sich auf eine solche Urkunde gründet, ein pignus *quasi* publicum.

Den Grund des Vorzugs der öffentlichen vor den Privathypotheken setzen die Rechtsgelehrten einstimmig darin, daß bei Hypotheken, die in Privaturkunden constituirt sind, der Verdacht entsteht, es mögte die Schuldverschreibung antidatirt, und zwischen dem Schuldner und Gläubiger eine Collusion zum Nachtheil dritter Personen vor sich gegangen seyn, ein Verdacht, den die öffentliche Urkunde nicht aufkommen läßt, indem durch selbige der Zeitpunct der geschehenen Bestellung des Pfandrechts hinlänglich erwiesen wird [1]).

1) S. z. B. *Erxleben* Princ. de jure pign. §. 51. *Pufendorf* obs. jur. un. P. I. obs. 211. §. 3. Höpfner Com. über die Institut. §. 716. Note 5.

Im Grunde ist diese Theorie auch die Theorie, welche Hofacker [2]) und Bolley [3]) aufstellen. Denn auch nach ihnen beruht der Grund des Vorzugs der öffentlichen vor den Privathypotheken darauf, daß bei einem Pfandrecht, was in einer öffentlichen Urkunde bestellt wird, der Verdacht einer Collusion zwischen dem Schuldner und Gläubiger wegfällt und jeder Zweifel, daß das Pfandrecht zur angegebenen Zeit bestellt sey, entfernt wird. Sie erinnern nur, um zu diesem Resultat zu gelangen, wie auch schon einige ältere Rechtsgelehrte thaten, bei dieser Gelegenheit an den Satz, daß eine Privaturkunde gegen einen Dritten nicht beweise. Hätte der Gläubiger mit dem Schuldner zu thun, der die Urkunde ausgestellt hat, und käme es hier bloß darauf an, die Bestellung des Pfandrechts zu beweisen, so würde die Urkunde völlig beweisen; allein gegen einen andern Pfandgläubiger, dem ein Gläubiger, weil ihm früher ein Pfandrecht bestellt worden, vorgehen will, also gegen einen Dritten, könne die Privaturkunde nichts beweisen. Nur dies Neue lehren sie, daß Leo — nichts Neues verordnet habe. Die constitutio Leonis enthält nämlich nach ihnen kein jus singulare, sondern nur Anwendung allgemeiner Regeln vom Beweise auf einen besondern Fall.

Die Theorie der alten und neuen Rechtsgelehrten über das öffentliche und Privatpfandrecht bleibt billig in allen Ehren; nur kömmt der Grundsatz, eine Urkunde beweist nicht gegen einen Dritten, hier nicht in Betrachtung, und Leo hat wirklich etwas Neues verordnet. Urkunden, auch selbst Privaturkunden, beweisen nach Grundsätzen des römischen Rechts — vorausgesetzt, was namentlich auch in der constitutio

2) Diss. de praerogativa pign. publ. §. 9. (opuscula jur. p. 247.)

3) Von öffentlichen Unterpfändern §. 20.

Leonis vorausgesetzt wird, daß sie echt sind, — die geschehene Verpfändung, selbst gegen einen Dritten und namentlich gegen einen andern Pfandgläubiger; aber in Ansehung desjenigen Puncts, worauf es im Streit gegen einen andern Pfandgläubiger hauptsächlich ankömmt, weil daraus der Vorzug vor ihm (oder gleiches Recht mit ihm) abgeleitet werden soll, nämlich, daß die Verpfändung zur angegebenen Zeit, und dem einen früher, als dem andern (oder allenfalls auch nur, daß sie gleichzeitig) geschehen, ist die öffentliche Urkunde glaubwürdiger, als die Privaturkunde. Bei Ausstellung von Privaturkunden kann es seyn, daß man bei Angabe des Tages es so genau nicht nahm; es kann seyn, daß der Tag mit Absicht zurückgestellt ward. Das Letztere scheint Leo besonders berücksichtigt zu haben, wie dadurch wahrscheinlich wird, daß den öffentlichen Urkunden in dieser Materie diejenigen gleich gelten sollen, die von drei Zeugen mitunterschrieben sind. Indessen, um am sichersten zu gehen, kann man dabei stehen bleiben, daß öffentliche Urkunden über den Tag der Bestellung des Pfandrechts glaubwürdiger sind, als Privaturkunden. Der Vorzug der öffentlichen vor den Privathypotheken beruht also auf dem Uebergewicht der Beweiskraft der öffentlichen vor den Privaturkunden, in Hinsicht auf das Alter des Pfandrechts. Dieses Uebergewicht der Beweiskraft soll dem Pfandrecht selbst einen Vorzug verschaffen. Dadurch hat Leo wirklich etwas Neues verordnet. Das Uebergewicht der Beweiskraft ist zwar schon zuvor vorhanden gewesen; aber dieses Uebergewicht hat die Wirkung nicht hervorgebracht, daß deshalb das eine Pfandrecht dem andern vorgezogen worden wäre. Die Privaturkunde ward auch in Hinsicht auf das Alter des Pfandrechts zum Beweise für hinlänglich gehalten, und das

Uebergewicht der öffentlichen in dieser Hinsicht war umsonst vorhanden und ward nicht beachtet. Man kann nicht sagen, Leo habe nur allgemeine Grundsätze vom Beweise auf das Pfandrecht angewandt. Denn es ist kein allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts, daß Urkunden gegen einen Dritten nicht beweisen. Vielmehr, wenn von Handlungen oder Rechtsgeschäften die Rede ist, die der streitende Theil mit einem andern geschlossen hat, beweisen sie allerdings auch gegen einen Dritten, nämlich den gegen ihn streitenden Theil.

Die constitutio Leonis beschränkt sich, wenigstens den Worten nach, nicht grade auf Fälle, da durch Vertrag in öffentlichen oder Privaturkunden bestellte Hypotheken zusammentreffen — wiewohl dies der gewöhnliche Fall seyn wird. Wenn man dies aber auch annimmt, so redet sie doch nur von solchen Fällen, wo dergleichen Hypotheken, die in öffentlichen Urkunden, und solche, die in Privaturkunden bestellt sind, unter einander um den Vorrang streiten. Wenn aber dergleichen öffentliche Hypotheken mit andern zusammentreffen, die nicht durch Vertrag in Privaturkunden bestellt sind, sondern durch's Gesetz, oder durch den Richter, oder durch Testament, so muß es billig bei der Regel bleiben: qui prior tempore, potior jure. Es würden daher gesetzliche, prätorische, judicielle, testamentarische Hypotheken den öffentlichen, nämlich den durch Vertrag in öffentlichen Urkunden bestellten, doch immer an sich gleich zu achten und ihnen daher nach dem Alter bald nach-, bald aber vorzusetzen seyn, der Gläubiger jedoch auch hier verlangen können, daß die Facta, durch deren Vermittelung die gesetzliche, prätorische u. s. w. Hypothek zu Stande kömmt, z. B. das richterliche Decret und der erlangte Besitz, zusammt dem höhern Alter der Hypothek, gehörig erwiesen würden.

Ueberhaupt steht keine Hypothek der öffentlichen nach, wenn die Bestellung der Hypothek und der Zeitpunct, da sie geschehen, nur gehörig erwiesen werden [4]), und selbst solche, die in Privaturkunden bestellt sind, halten den öffentlichen die Wage, wenn der Gläubiger bereit und im Stande ist, seinen Beweis auf andre Art zu führen, als durch die Privaturkunde [5]).

Was das Verhältniß des öffentlichen Pfandrechts zu demjenigen betrifft, was durch die Gesetze mit einem besondern Vorzuge versehen ist, so geht ein privilegirtes Pfandrecht, wie dem einfachen überhaupt, also auch dem öffentlichen vor, weil es, wenn ein privilegirtes Pfandrecht mit einem einfachen zusammentrifft, auf das Alter gar nicht ankömmt [6]).

Endlich ist zu bemerken, daß, wenn öffentliche Hypotheken mit öffentlichen Hypotheken zusammentreffen, das höhere Alter den Vorrang entscheidet; das versteht sich, und darin kommen alle, von welchen Ideen sie sonst auch ausgehen mögen, überein [7]).

4) *Hofacker* princ. jur. rom. tom. 2. §. 1215. Bolley a. a. O. §. 1220. 1225.

5) *Mev.* p. 5. dec. 157. p. 8. dec. 362. und die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller.

6) Das Gegentheil, nämlich daß einfache öffentliche Hypotheken den privilegirten Privathypotheken vorgehen, behaupten Westphal im Pfandrecht §. 166. und Bolley a. a. O. §. 119.

7) Ich beziehe mich übrigens auf v. Löhr über das öffentliche und Privatpfandrecht, im Archiv für die civil. Praxis, 6r Band, S. 150 folg. und dasjenige, was ich über den Unterschied zwischen dem öffentlichen und Privatpfandrecht an einem andern Ort weiter ausgeführt habe. S. meine Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 2. S. 443 folg.

§. 38.

Von der Succession in die Stelle eines abgefundenen Pfandgläubigers.

Es kann geschehen, daß ein Pfandgläubiger mit dem Gelde eines andern abgefunden wird, daß dieser andere an des abgefundenen Stelle tritt, und daß auf solche Weise die gesetzliche Rangordnung der Gläubiger eine Veränderung erleidet. Die Succession, wodurch dies bewirkt wird, geschieht nun entweder 1) dadurch, daß ein Pfandgläubiger, dem schon zuvor ein Pfandrecht zustand, von dem jure offerendi Gebrauch macht, oder 2) dadurch, daß ein Fremder, der bisher noch nicht Pfandgläubiger war, an des Abgefundenen Stelle tritt.

§. 39.

Von der Succession nachstehender Pfandgläubiger in die Stelle vorgehender, vermöge des Juris offerendi.

Einem Gläubiger, dem bisher schon ein Pfandrecht zustand, haben die Gesetze das Recht beigelegt, einen concurrirenden vorgehenden Pfandgläubiger, selbst wider seinen Willen, von seiner Stelle dadurch zu entfernen, und dadurch an seine Stelle zu treten, daß er ihm die Forderung, wofür das Pfand ihm haftet, ausbezahlt. Der wirklichen Zahlung gilt es auch hier gleich, wenn der Nachstehende dem Vorhergehenden die Zahlung anbietet, und dabei, wenn dieser sich weigert, sie anzunehmen, das Geld gerichtlich deponirt.

L. 1. *C. qui pot. in pign.*

Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum

confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit.

Da nur das Hingeben oder Zahlenwollen vom Gläubiger abhängt, nicht aber das Annehmen oder Empfangen, so erklärt sich dadurch der Ausdruck: Jus offerendi.

Beim Gebrauch des Jus offerendi gebührt es dem nachstehenden Pfandgläubiger, dem vorgehenden die ganze Schuld, wofür das Pfand haftet, also nicht nur das Capital, sondern auch die Zinsen und übrigen Accessorien der Hauptschuld, soweit das Pfandrecht sich hierauf mit erstreckt, zu bezahlen oder anzubieten. Hieher gehört die L. 5. C. Qui pot. in pign., welche also lautet:

Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tu illi id *omne*, quod debetur, solveris, pignoris tui causa confirmabitur [1]).

Noch mehr als diese Lex beweist den Satz die Untheilbarkeit des Pfandrechts. Denn wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts würde bei einer partiellen Befriedigung des vorhergehenden Pfandgläubigers Pfandrecht ganz fortdauern, und keine Succession möglich, er würde ohnehin nicht verbunden seyn, eine partielle Zahlung anzunehmen. Dagegen hat der nachstehende Pfandgläubiger nicht nöthig, dem vorgehenden Pfandgläubiger, welcher sich im Besitz des Pfandes befindet, chirographische Forderungen, wofür derselbe an dem Pfande ein Retentionsrecht auszuüben berechtigt gewesen wäre, zu bezahlen, indem der Pfandgläubiger von dem Recht, das Pfand wegen anderer Forderungen, als wofür es verpfändet

1) S. auch L. 20. D. qui pot. in pign.

ist, zurückzubehalten, nur gegen die Person des Pfandschuldners und dessen Erben Gebrauch machen kann [2]).

Jeder nachstehende Pfandgläubiger kann von dem jure offerendi Gebrauch machen, doch geht unter mehrern nachstehenden der ältere oder vorzüglichere dem jüngern oder minder vorzüglichen vor. Schon Haubold [3]) hat dies bemerkt, aber nicht bewiesen. Den Beweis enthält die *L.* 12. §. 9. *qui pot. in pign.*

Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut, priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat: successurum eum Papinianus libro undecimo responsorum scripsit, et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ei succedat.

Gegen denjenigen Pfandgläubiger aber, der vom jure offerendi Gebrauch gemacht hat und dadurch in die Stelle eines vorgehenden getreten ist, kann nun wieder derjenige, der ihm nachsteht, das jus offerendi in Anwendung bringen, wie dies aus der Natur und dem Wesen des juris offerendi von selbst folgt [4]).

Alles, was beim Gebrauch des juris offerendi der nachstehende Pfandgläubiger dem vorgehenden bezahlt hat, fordert er vom Schuldner wieder, sowohl das Capital als die Zinsen; doch nehmen die letztern bei ihm nicht die Natur eines Capitals an, weil er durch Tilgung der Schuld nicht sowohl ein negotium alienum, als vielmehr sein eignes besorgt hat; er

2) *L. un. C. Etiam ab chirographar. pecuniam, in fine* — — nec enim necessitas ei (secundo creditori) imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.

3) Diss. de jure offerendi, ex quo in priorum creditorum locum succeditur, cap. 3. §. 1. in fine.

4) S. auch Westphal a. a. O. §. 176.

kann daher nicht Zinsen fordern von den für den Schuldner bezahlten Zinsen. Von jetzt an dient dem Gläubiger, der vom jure offerendi Gebrauch gemacht hat, die Sache zum Pfande nicht bloß für das, was er schon vorher zu fordern hatte, sondern auch für das, was er an den abgefundenen Gläubiger für den Schuldner bezahlt hat und dessentwegen jenem das Pfandrecht zustand [5]). Er tritt in die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers, jedoch, wenn der Gläubiger, der vom jure offerendi Gebrauch machte, ein creditor tertius ist, nur in Ansehung der Forderung des abgefundenen Gläubigers, nicht auch in Ansehung seiner eignen, die ihm schon zuvor zustand; denn die Rechte eines Gläubigers, der in der Mitte steht, dürfen durch die Ausübung des juris offerendi freilich nicht gekränkt werden [6]).

Es frägt sich aber, ob der Pfandgläubiger, welcher vom

5) *L.* 12. §. 6. *D. qui pot. in pign.* Sciendum est, secundo creditori rem teneri, etiam invito debitore, tam in suum debitum quam in primi creditoris, et in usuras suas et quas primo creditori solvit. Sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. Et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est. *L.* 22. *C. de pign.* Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debitore sortem ejusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipere potest.

6) L. 16. D. qui pot. in pign. *Hofacker* Princ. jur. Rom. tom. II. §. 1217. Es ist eine bekannte Rechtsregel: Si vinco vincentem. vinco etiam te. Allein diese Regel findet keine Anwendung, wenn ein rechtskräftiges Urtheil Jemandem den Sieg verschafft, der Sieger über den Sieger *ex re judicata* gesiegt hat. Denn hier hindert eine andere Regel, daß jene zur Anwendung kommen kann, nämlich: *res inter alias judicata tertio nec nocet, nec prodest.* Aus diesem Grunde konnte in dem Rechtsfall, wovon L. 16. D. qui pot. in pign. handelt, der creditor *tertius*, welcher den *primus* besiegt hatte, nicht auch dem *secundus*, als hätte er ihn zugleich mit besiegt, vorgezogen werden. S. auch *Brunnemann* ad h. l. D.

jure offerendi Gebrauch gemacht hat, *ipso jure* an die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers tritt, oder ob dies erst in Folge einer Handlung des Letztern, der dem Erstern seine Rechte cedirt, geschieht? — Eine sehr dornichte Frage!

Zuvörderst versteht es sich, daß, wenn der abfindende Gläubiger ein solcher ist, welcher auf den abgefundenen unmittelbar folgt, es der Cession nicht bedürfen könne, weil der zweite Gläubiger eo ipso, daß der erste wegfällt, an Stelle des creditoris dimissi den ersten Platz erhält [7]). Die gewöhnliche Meinung geht indessen dahin, daß der creditor posterior, der vom jure offerendi Gebrauch macht, ohne Unterschied, es mag dies ein creditor secundus oder tertius seyn und ohne daß es einer Cession bedürfte, ipso jure an die Stelle des creditoris dimissi succedirt. Ausser Sande [8]) hat Westphal [9]) hieran gezweifelt, und Haubold [10]) tadelt ihn, daß er nur gezweifelt, und nicht entschieden das Gegentheil behauptet habe. Haubold selbst nimmt an, daß ein creditor tertius nur in Folge einer Cession an die Stelle des creditoris dimissi treten, daß jedoch der Letztere — was auch schon Westphal [11]), seiner Zweifel ungeachtet, behauptet hatte — zu dieser Cession vom abfindenden Gläubiger gezwungen oder selbige im Fall der Widersetzlichkeit vom Richter für geschehen angenommen werden könne.

Die Gesetze dieser Materie lassen den nachfolgenden Gläubiger an die Stelle des abgefundenen treten, ohne dieses Hin-

7) Nicht bloß wenn der zweite Gläubiger vom jure offerendi Gebrauch machend den ersten befriedigt, sondern, wie sich von selbst versteht, auch dann, wenn es der Schuldner ist, welcher die Forderung des ersten Gläubigers tilgt, tritt nach Abfindung des vorgehenden Pfandgläubigers der nächstfolgende an den ersten Platz.

8) Comm. de actionum cess. c. 6. §. 61. Opp. p. 23 sq.

9) a. a. O. §. 172. Note 189.

10) a. a. O. Cap. III. §. 1. am Ende.

11) a. a. O. §. 175.

aufrücken von einer vorhergehenden Cession der Rechte von Seiten des Letztern an den Erstern abhängig zu machen. In den vielen Gesetzstellen dieser Materie kömmt nirgends eine Spur davon vor, daß der Abfindende erst in Folge einer Cession auf den Vorrang des Abgefundenen Ansprache machen dürfe, und ebensowenig ist irgendwo die Rede davon, daß der Abgefundene zur Cession gezwungen oder die Cession vom Richter für geschehen erklärt werden könne.

Es ist wahr, was Westphal und Haubold einwenden: die Gesetzstellen, welche vom jure offerendi handeln, reden meistens von solchen Fällen, da der abfindende Gläubiger ein creditor *secundus* war, von diesem aber versteht es sich, daß er auch ohne Cession an die Stelle des abgefundenen tritt, und es läßt sich also aus diesen Fällen auf solche, da der Gläubiger, welcher vom jure offerendi Gebrauch macht, ein creditor tertius ist, kein gültiger Schluß machen.

Allein es ist die Frage, ob unter dem Ausdruck: Creditor secundus oder Creditor, qui pignus secundo loco accepit, grade der nächstfolgende zu verstehen, oder ob nicht vielmehr jeder folgende darunter gemeint sey. Doch, wenn diese Ausdrücke auch wörtlich zu nehmen wären, so kommen sie doch nicht in allen Stellen vor. Es gibt wenigstens eine Stelle, die, obwohl eine Hauptstelle, hier ganz übersehen ist, welche ausdrücklich von einem Gläubiger spricht, der nicht der nächstfolgende war, und der durch den Gebrauch des juris offerendi in die Stelle des creditoris primi treten soll, ohne daß einer vorhergehenden Cession erwähnt wird. Es ist die L. 16. D. qui pot. in pign., worin es heißt:

Plane cum *tertius* creditor *primum* de sua pecu-

nia

nia dimisit, in locum ejus substituitur, in ea quantitate, quam superiori exsolvit.

Nicht nur erwähnt die Stelle der Cession nicht, sondern es scheint deutlich darin zu liegen, daß der nachstehende Gläubiger durch die bloße Abfindung an die Stelle des vorhergehenden tritt. Die ganze Stelle erhält erst durch den Umstand, daß die Succession ohne Cession geschieht, ihre rechte Bedeutung.

Aber kein Recht kann ohne den Willen und das Zuthun desjenigen, dem es vorher zustand, auf einen Andern übergehen. Id quod nostrum est, heißt es in der L. 11. D. de reg. jur., sine facto nostro ad alium transire non potest [12]). —

Dies ist freilich die Regel, sie leidet aber im gegenwärtigen Fall eine Ausnahme, und dies kann nicht auffallend seyn, da das Jus offerendi überhaupt, wie auch Haubold bemerkt [13]), auf einem jure singulari beruht. Diese Singularität kann nicht darin bestehen, daß der nachstehende Gläubiger den vorgehenden befriedigen darf und daß dieser sich befriedigen lassen muß; dies würde gar nichts Besonderes seyn; sie kann nur darin bestehen, daß der abfindende Gläubiger in die Stelle des Abgefundenen tritt.

Soll der Gläubiger aber an die Stelle des Abgefundenen treten, so muß dies auch ohne Cession geschehen können. Denn welche Mittel hat der Gläubiger in Händen, ihn zur Cession nöthigen zu können, wenn er nicht grade im Besitz des Pfandes sich befindet? In welchem Verhältniß steht er

12) Dies ist der Grundsatz und der entscheidende Grund, vermöge dessen Haubold die Cession für nothwendig hält. S. die angeführte Dissertat. Cap. III. §. 1. S. 22.

13) Cit. diss. cap. I. §. 2. et cap. II. §. 1.

zu ihm, daß er gegen ihn auf Cession zu klagen berechtigt wäre? Er kann vermöge seines Pfandrechts auf Auslieferung der verpfändeten Sache klagen, er kann aber vermöge seines Pfandrechts den vorgehenden Gläubiger nicht zu einer persönlichen Leistung zwingen. Ja, eine andere Regel durchkreuzt die angeführte, und hindert, daß sie zur Anwendung kommen kann, die Regel nämlich, welche in der L. 5. C. de solut. enthalten ist: keiner, der für einen andern zahlt, kann den Gläubiger nöthigen, ihm seine Rechte zu cediren, wenn er sie nicht zuvor an ihn veräussert hat [14]). Es scheint daher ein Verstoß gegen die Regel des Rechts unvermeidlich zu seyn, entweder gegen die eine oder gegen die andre, und wollten wir uns eines verbrauchten Gleichnisses bedienen, so könnten wir sagen, man falle in die Scylla, wenn man die Charybdis vermeiden wolle.

Es ist noch ein Einwurf übrig, den Westphal macht und der darin besteht: Vom dritten Besitzer der verpfändeten Sache, welcher, vom Pfandgläubiger mit der actio hypothecaria belangt, diesen befriedigt, ergeben die Gesetze ausdrücklich, daß er sich jura cediren lassen müsse, wenn er gegen andre nachstehende Pfandgläubiger geschützt seyn will; dasselbe scheint auch vom Pfandgläubiger, welcher vom jure offerendi Gebrauch macht, gelten zu müssen. Dieser Einwurf ist von größerm Gewicht, als er auf den ersten Anblick zu seyn scheint. Dies wird sich ergeben, wenn wir die Stellen, die Westphal wahrscheinlich im Sinne hatte, selbst betrach-

14) *L. 5. C. de solut.* Nulla ab alio facta nomine debitoris, tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo, quod, ei debitam quantitatem offerens, jus obligationis in te transferri desideras, cum ab eo te nomen comparasse non suggeras: licet solutione evanescere soleat obligatio. Die Abweichung von der hier gegebenen Regel führt Haubold a. a. O. unter die Singularia des jus offerendi auf.

ten. Es iſt L. 12. §. 1. D. quibus modis pignus und L. 19. D. qui pot. in pign. Jene lautet alſo:

Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet; neque enim debet quaeri de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur soluto pignore.

Dieſe folgendermaßen:

Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum, et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit; creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: Quaero, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere? Respondi, posse videri, non injustum postulare.

Nach dieſen Geſetzſtellen ſcheint es, daß auch dem dritten Beſitzer, der mit der actio hypothecaria belangt wird, das jus offerendi zuſtehe, es ſcheint dabei, daß dies jus offerendi es ſo mit ſich bringe, daß der Gläubiger zur Ceſſion ſeiner Rechte genöthigt werden kann, und daß der bloße Ausdruck offerre ſchon das Recht auf die Ceſſion in ſich ſchließe, endlich, daß die Ceſſion für denjenigen, der vom jure offerendi Gebrauch macht, Bedürfniß ſey. Man möchte daher verſucht ſeyn, was hier zunächſt vom dritten Beſitzer des Pfandes geſagt wird, auf jeden nachſtehenden Pfandgläubiger, der vom jure offerendi Gebrauch macht, anzuwenden.

Allein, wir können nicht einräumen, daß dem Beſitzer der verpfändeten Sache ein jus offerendi in dem Sinne, wie wir den Ausdruck hier gebrauchen, zuſtehen ſollte. Das offerre bedeutet in den angeführten Geſetzſtellen nichts als das Recht des Beſitzers, den klagenden Gläubiger zu befriedigen,

und sich dadurch von der hypothecarischen Klage frei zu machen. Schon Haubold bemerkt [15]): Man müsse in der Materie des Pfandrechts eine doppelte Bedeutung des juris offerendi unterscheiden. Es sey entweder modus tollendi oder modus confirmandi pignus. Als modus tollendi werde es vom Schuldner ausgeübt; als modus confirmandi von denjenigen, die in des Pfandgläubigers Stelle treten wollten, oder vielmehr von denjenigen, die, schon mit einem Pfandrecht versehen, in eines vorgehenden Pfandgläubigers Stelle treten wollen. Dieser Unterschied ist nun besonders hier auszuwenden und das jus offerendi kömmt hier als modus *tollendi* pignus vor, in welcher Bedeutung es nicht bloß vom Schuldner, wie Haubold annimmt, sondern auch vom dritten Besitzer ausgeübt wird. Der beiden angeführten Gesetzstellen kurzer Sinn ist demnach dieser: der belangte Besitzer, auf welche Art sein Besitz auch erworben seyn mag, qualiscunque possessor, darf nur den Gläubiger befriedigen, um sich von der actio hypothecaria, die dann keinen Grund weiter hat, frei zu machen, — dies lehrt die eine Stelle, die L. 12. §. 1. D. quibus modis pignus; — aber nur dem rechtmäßigen Besitzer, dem possessor justus — setzt, gleichsam zur Ergänzung, die andre Stelle, die L. 19. D. qui pot. in pign. hinzu, — steht das Recht zu, den klagenden Gläubiger zu nöthigen, ihm seine Rechte zu cediren. — Daraus folgt nun noch nicht, daß der Besitzer einer solchen Cession bedürfe; doch, wenn man dies auch einräumen wollte, so läßt sich doch von demjenigen, was vom dritten Besitzer gilt, dem kein Pfandrecht und kein jus offerendi zusteht, auf einen nachstehenden Pfandgläubiger kein gültiger Schluß machen. Eben weil jenem kein jus offerendi in dem Sinn, wie wir

15) a. a .O. Kap. 1. §. 2.

es hier gebrauchen, oder als modus confirmandi pignus, zusteht, bedarf er der Cession, die dieser nicht nöthig hat, da ihm das jus offerendi schon von selbst das Hinaufrücken an den Platz des abgefundenen Pfandgläubigers gewährt.

Von dem jure offerendi kann der nachstehende Pfandgläubiger gegen den vorgehenden selbst dann noch Gebrauch machen, wenn der Pfandschuldner dem letztern das Pfand verkauft oder an Zahlungsstatt überlassen hat [16]). Er kann davon Gebrauch machen gegen einen creditor secundus, der vom creditor prior das Pfand erkauft hat, weil anzunehmen ist, der creditor secundus habe durch diesen Kauf nicht sowohl das Eigenthum der Sache erwerben, als vielmehr sein Pfandrecht decken, und also unter dem Titel des Kaufs bloß das jus offerendi ausüben wollen, daher auch der Pfandschuldner berechtigt ist, das Pfand von ihm, dem kaufenden creditor secundus, wieder einzulösen [17]). Endlich kann der nachstehende Pfandgläubiger das jus offerendi auch üben gegen den Bürgen, der den vorgehenden befriedigte, und dem dagegen unter gerichtlicher Auctorität das Pfand titulo emtionis überlassen ward. Nam hujusmodi venditio *transferendi pignoris causa*, necessitate juris fieri solet, wie es in der L. 2. D. de distr. pign. heißt.

16) *L.* 1. *C. Si antiquior cred. pignus vendiderit.* Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris; si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

17) *L.* 5. §. 1. *de distr. pign.* Si secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerunt. *L.* 6. *eod.* Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam adquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest.

Der Nutzen des juris offerendi besteht darin: Es wird dadurch die für den nachstehenden Pfandgläubiger so nachtheilige Collision mit dem vorgehenden abgewandt und das Pfandrecht des erstern vor dem möglichen Untergange bewahrt; ja, er erlangt nun Rechte, die bis dahin verschoben waren. Daher der Ausdruck, dessen sich die Gesetze bedienen: der Gläubiger, der vom jure offerendi Gebrauch macht, *confirmat jus suum* oder *causam pignoris sui* [18]). Das Pfandrecht, was vorher schwach war, wird nun stark, oder, wie Cujacius sich ausdrückt: infirmum erat pignus quodammodo manente obligatione prioris creditoris, sed firmius redditur ea sublata [19]). Der creditor posterior verhindert durch Ausübung des juris offerendi, daß der creditor prior vom jure distrahendi Gebrauch machen kann [20]). Dies ist deshalb wichtig, weil, wenn der creditor prior das Pfand verkauft, die Pfandrechte aller nachstehenden Gläubiger erlöschen, wie bereits oben bei Gelegenheit des juris distrahendi bemerkt ist. Ja, der Pfandgläubiger, welcher, durch Hülfe des juris offerendi, in die Stelle des creditoris prioris dimissi getreten ist, erlangt nun selbst das jus distrahendi. Heißt dies aber soviel: der nachstehende Pfandgläubiger erlangt jetzt insofern potestatem distrahendi, daß der abgefundene vorgehende ihn vermöge seines vorzüglichern Rechts nicht weiter an der Ausübung des juris distrahendi hindern kann, oder heißt es soviel: dem Gläubiger stand bei der Concurrenz mit einem vorzüglichern Gläubiger vorher gar kein jus distrahendi zu und jetzt erwirbt er

18) L. 1. C. Qui pot. in pign. L. 5. C. eod. L. 22. C. de pign.

19) *Cujac.* ad Africanum (opera tom. 1. §. 1491.).

20) *L. 3. C. Si antiquior cred. pignus vendiderit.* Quo minus creditor, qui antea pignus accepit, distrahat: non offerendo secundus priori debitum, interpellare non potest.

es erst? Man möchte versucht seyn, zu glauben, der nachstehende Pfandgläubiger sey an sich befugt, von dem jure distrahendi Gebrauch zu machen, doch könne der vorgehende, wenn er von seinem Recht Gebrauch machen wolle, es ihm verwehren, — wenn nicht in mehreren Gesetzstellen so bestimmt und deutlich das Gegentheil gelehrt würde [21]). Dem nachstehenden Pfandgläubiger steht, so lange der vorgehende Pfandgläubiger nicht befriedigt oder das Pfandrecht desselben erloschen ist, nicht bloß kein Gebrauch eines jus distrahendi, sondern kein jus distrahendi und überhaupt kein Pfandrecht zu; dasselbe ist für jetzt in suspenso; er darf daher das Object nicht verkaufen, — ohne daß es einer positiven hindernden Thätigkeit von Seiten des vorgehenden bedürfte [22]). Geschieht es dennoch, so ist dies dem Rechte des vorgehenden nicht nachtheilig und er vielmehr befugt, die verpfändete Sache, die ein creditor posterior zum Verkauf brachte, von jedem Besitzer abzufordern [23]).

21) *L.* 1. *D. de distr. pign.* Creditor, qui praedia pignori accepit, et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum ob alium aut eundem contractum interposuit, *ante secundum creditorem dimissum nullo jure* caetera bona titulo pignoris vendidit. *L.* 5. *pr. D. de dist. pign.* Cum secundus creditor, oblata priori pecunia, in locum ejus successit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit. *L.* 8. *C. Qui pot. in pign.* Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi certi ac manifesti juris est: *nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi*, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.

22) Eine Ausnahme findet Statt beim pignus, quod in causa judicati capitur. Dies darf verkauft werden, vorausgesetzt, daß sich ein Käufer findet, der soviel dafür geben will, daß der creditor prior völlig befriedigt werden kann. Dieser muß dann befriedigt und nur der Ueberschuß kann zur Befriedigung des neuen Pfandgläubigers verwandt werden. *L.* 15. §. 5. *de re judicata*,

23) L. 1. D. cit. de distr.

War der creditor dimissus im Besitz des Pfandes, was zur möglichen Ausübung des juris offerendi nicht nothwendig ist, so hat der Gläubiger, der sich des juris offerendi bedient, auch den Vortheil, daß er zum Besitz des Pfandes gelangt und zu diesem Ende sich der actio hypothecaria gegen den Abgefundenen bedienen kann [24]). Nachdem der Gläubiger wirklich zum Besitz gelangt ist, darf er an der verpfändeten Sache gegen den Schuldner und dessen Erben, auch wegen chirographischer Forderungen, das jus retentionis ausüben. War hingegen der creditor posterior selbst im Besitz, so gewährt ihm das jus offerendi den Vortheil, daß er nicht nöthig hat, dem vorgehenden den Besitz abzutreten [25]).

Das jus offerendi fällt weg 1) wenn der creditor prior das Pfand verkauft hat an einen Fremden, der nicht creditor posterior, auch nicht des Hauptschuldners Bürge war [26]), 2) wenn über das Vermögen des Pfandschuldners ein Concurs der Gläubiger ausgebrochen ist [27]), 3) wenn rechtskräftig auf den Verkauf des Pfandes erkannt ist [28]); 4) durch Verjährung erlischt nicht sowohl das jus offerendi, als vielmehr die Möglichkeit, es mit Erfolg auszuüben.

pign. *L.* 2. *C. de his, qui in priorum locum.* Cum pro patre, in cujus potestate non eras, pecuniam fisco intuleris: et jure privilegio ejus successisti et ejus locum, cui pecuniam numerasti, consecutus es, nec hi creditores patris tui, qui personalem habuerunt actionem, vel cum eo postea sub iisdem pignoribus contraxerunt, pignora tua te ignorante distrahendo, juri tuo aliquid derogaverunt. Unde intelligis, si quid tuo nomine te absente ab actoribus tuis solutum est, ut indebitum numeratum restitui, pignoraque tibi nexa persequi te posse.

24) L. 11. §. 4. D. Qui pot. in pign. L. 10. C. eod.

25) *Mev.* P. IV. Dec. 58.

26) *L.* 3. *pr. D. de distr. pign.* Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit.

27) *Mev.* P. IV. decis 158. *Haubold* cit. diss. cap. 7. §. 2.

28) *Gail* obs. II. 18. §. ult. *Haubold* c. l. §. 3.

Nämlich, wenn der creditor prior im Besitz des Pfandes sich befindet und der creditor posterior, vom jure offerendi Gebrauch machend, actionem hypothecariam gegen ihn anstellt, so kann der creditor prior sich gegen die actio hypothecaria durch exceptio praescriptionis schützen, wenn er nämlich sich solange im Besitz des Pfandes befunden hat, als nöthig ist, um die actio hypothecaria auszuschließen, wenn sie ein Gläubiger gegen den andern anstellt, nämlich 40 oder 30 Jahre, je nachdem der Verjährende beim Leben oder nach dem Tode des Schuldners sich im Besitz befunden hat [29]).

§. 40.

Von der Succession derjenigen, denen bisher noch kein Pfandrecht zustand, in die Stelle eines mit ihrem Gelde abgefundenen Pfandgläubigers.

Nicht jeder, mit dessen Gelde ein Pfandgläubiger abgefunden wird, succedirt dem Abgefundenen in Beziehung auf das Pfandrecht, wenn ihm bisher selbst kein concurrirendes nachstehendes Pfandrecht zustand. Wer also zutritt und die Güter des Schuldners von dem ihnen anklebenden Pfandnexus dadurch frei macht, daß er einen Pfandgläubiger befriedigt, kann zwar mit der actio negotiorum gestorum contraria sein Geld vom Schuldner wiederfordern, aber das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers geht auf ihn nicht über [1]). Auch derjenige, welcher dem Schuldner zur Abfin-

29) L. 7. §. 3. C. de praescr. 30. vel. 40. annor.

1) *L.* 1. *pr. D. Quibus modis pignus.* Debitoris absentis amicus negotia gessit, et pignora citra emtionem pecunia sua liberavit, jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur, qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit. Si tamen possideat, exceptione doli defenditur.

dung eines Pfandgläubigers eine Anleihe macht, tritt deshalb noch nicht in die Stelle des abgefundenen Gläubigers, in Beziehung auf das Pfandrecht. Vielmehr findet die Succeſsion, außer dem Fall einer Ceſſion, nur dann ſtatt, 1) wenn er ſich vom Schuldner an demſelben Object, woran dem Abzufindenden ein Pfandrecht zuſtand, gleichfalls ein ſolches beſtellen ließ, und dabei 2) zur Bedingung machte, daß er in des Abgefundenen Stelle trete. Es muß alſo beides conjunctim vorhanden ſeyn, eine gegenwärtige Hypothekbeſtellung an demſelben Object und bedungene Succeſſion in die Stelle des abzufindenden Gläubigers. Unter dieſen Vorausſetzungen tritt der neue Gläubiger ipso jure in die Stelle des mit ſeinem Gelde abgefundenen Gläubigers, ſobald nämlich die Abfindung wirklich erfolgt. Folgende Stellen liefern den Beweis dieſer Sätze.

1) *L.* 12. §. 8. *D. Qui pot. in pign.*

A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset. Deinde mutuatus est pecuniam a Maevio, et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur. Tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, *ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum ejus subeat.* Num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut Titio soluta pecunia impleatur conditio? et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praeferendus est.

2) *L.* 3. *D. quae res pignori.*

Aristo Neratio Prisco scripsit, etiam si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter

in jus pignoris succedet, nisi convenerit, *ut sibi eadem res esset obligata.* Neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore. Quo casu emtoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere: videamus, an dici possit, huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo. Saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.

3) *L.* 1. *C. de his, qui in prior. locum.*
Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, *ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat.* Quod cum in persona tua factum non sit (judicatum est enim, te pignora non accepisse), frustra putas, tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.

Was von demjenigen geſagt iſt, der zur Abfindung eines Pfandgläubigers eine Anleihe macht, gilt auch von demjenigen, welcher dem Schuldner erlaubt, die ihm verpfändete Sache zu veräuſſern, damit ein Pfandgläubiger, kein concurrirender, ſondern dem an einer andern Sache des Schuldners ein Pfandrecht zuſteht, mit dem Kaufgelde befriedigt werde. Auch dieſer tritt an die Stelle des Pfandgläubigers, der zwar nicht mit ſeinem Gelde, wohl aber durch den Preis einer

Sache befriedigt ist, auf welchen er angewiesen war, — vorausgesetzt, daß er sich dagegen ein Pfandrecht an dem Object, was dem Abzufindenden zum Pfande diente, und zwar an der Stelle des Abzufindenden, ausbedungen hat.

L. 12. §. 9. *D. Qui pot. in pign.*

Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut, priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus libro undecimo responsorum scripsit, et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ei succedat.

Haubold [2]) nimmt mit Mudaeus [3]) und Bachov [4]) an, es bedürfe nicht der ausbedungenen Succession in die Stelle des abzufindenden Gläubigers. Dagegen fordern diese Schriftsteller, der Gläubiger müsse, ausser der Hypothek, die er sich bestellen läßt, stipulirt haben, daß der alte Gläubiger mit seinem Gelde abgefunden werde; dadurch sey die Absicht ausgesprochen, daß der neue Gläubiger an die Stelle des abzufindenden treten wolle. — Von den so eben angeführten Gesetzstellen erfordern drei, nämlich L. 12. §. 8. D. Qui pot. in pign., L. 1. C. de his, qui in priorum locum und L. 12. §. 9. D. Qui pot. in pign. ausdrücklich, daß der neue Gläubiger sich den Eintritt in die Stelle des abzufindenden ausbedungen haben müsse, die eine L. 3. D. quae res pignori schweigt davon, und diese eine erfordert dagegen, was die übrigen nicht gradezu erfordern, daß in dem Vertrage mit dem Schuldner die Abfindung des alten Gläubigers ausbedungen sey. Die Vergleichung dieser Gesetzstellen scheint das

2) Diss. cit. cap. 3. §. 2.
3) Ad tit. D. de pign. et hyp. p. 363.
4) De pign. et hyp. Lib. 4. cap. 15. p. 341 sq.

Resultat zu ergeben, daß die ausbedungene Succession in die Stelle des Abzufindenden zwar an sich erforderlich sey, daß es aber die Stelle dessen vertrete, wenn der neue Gläubiger (nicht bloß zum Behuf der Abfindung des alten leiht, sondern) ausdrücklich sich versprechen läßt, daß sein Geld zur Befriedigung des alten verwandt werden solle, — und auf solche Art scheinen die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten sich vereinigen zu lassen. Bloß auf die Natur der Sache gesehen, liegt darin, daß der neue Gläubiger bedingt, der alte solle mit seinem Gelde abgefunden werden, noch nicht, daß er an seine Stelle treten wolle, sondern mit Sicherheit läßt sich im Allgemeinen nur soviel daraus schließen, daß seine Absicht darauf gerichtet sey, jenen zu entfernen und die Concurrenz mit dem genannten vorzüglichern Gläubiger zu vermeiden, was ihm immer Vortheil bringt, sollte auch ein andrer vorzüglicherer übrig bleiben.

Was übrigens schon bei Gelegenheit des juris offerendi nachstehender Pfandgläubiger bemerkt ist, daß nämlich der Pfandgläubiger, in dessen Stelle succedirt werden soll, völlig abgefunden seyn müsse, ist auch hier anwendbar. Auch diejenigen, welche zur Abfindung eines Pfandgläubigers eine Anleihe machen u. s. w., können nur dann in das Pfandrecht des Abgefundenen eintreten, wenn dieser wegen alles desjenigen, wofür ihm ein Pfandrecht zustand, befriedigt und also sein Pfandrecht erloschen ist. Hingegen bedarf es keiner Cession der Rechte von Seiten des abgefundenen Pfandgläubigers, damit die Succession vor sich gehe. Hier erklärt auch Westphal die Cession für unnöthig [5]). Welche Inconsequenz aber würde dies nicht seyn! Derjenige, welcher dem Schuldner einen Vorschuß macht, damit er einen Pfandgläubiger befrie-

5) Im Pfandrecht S. 254.

dige, soll an des Abgefundenen Stelle treten, wenn er sich ein Pfandrecht an demselben Object constituiren ließ, und zur Bedingung machte, ut in locum dimissi subeat, und derjenige, welchem schon zuvor ein concurrirendes Pfandrecht zustand, und der den vorstehenden Pfandgläubiger unmittelbar befriedigt, soll es nicht? Im Grunde wird in beiden Fällen ein jus offerendi ausgeübt. Wer dem Schuldner eine Anleihe macht, damit er einen Pfandgläubiger, der es schon ist, befriedige, und sich zu seiner Sicherheit ein Pfandrecht an demselben Object constituiren läßt, wird ja eben dadurch ein mit jenem, der in diesem Augenblick noch nicht abgefunden ist, im Object concurrirender creditor pignoratitius posterior (wobei er zugleich jenen in die Höhe hebt), und indem er sein Geld zur Befriedigung desselben hergibt, und der Schuldner es zu diesem Behuf anwendet, besteht der ganze Unterschied darin, daß hier durch Dazwischenkunft und Vermittelung des Schuldners geschieht, was beim jure offerendi der nachstehende Gläubiger unmittelbar bewerkstelligt. Es hätte daher die Succession desjenigen, der sein Geld zur Befriedigung des Schuldners hergibt, dem juri offerendi untergeordnet werden können, wenn es nicht für die Darstellung besser geschienen hätte (zumal auch nicht alles, was vom jure offerendi nachstehender Pfandgläubiger gilt, hier passend seyn würde, wohin namentlich die Arten, wie das jus offerendi wegfällt, gehören), beides von einander zu trennen, und sich zu begnügen, diese so nahe Verbindung angedeutet zu haben. Wenn man also zugibt, daß zum Zweck der Succession des Pfandgläubigers, der es jetzt erst wird, keine Cession nöthig sey, wie mag man dann behaupten, daß der Pfandgläubiger, der es vorher schon war, einer Cession bedürfe, um succediren zu können? Oder sollte auch in jenem

Fall, wie in diesem, eine Cession nöthig [6]) und nur Westphal inconsequent gewesen seyn? Aber woher denn auch hier das tiefe Schweigen der Gesetze über eine solche Cession? Und reden die angeführten Gesetzstellen von der Succession in das Pfandrecht desjenigen, zu dessen Abfindung Jemand dem Schuldner eine Anleihe machte, nicht offenbar, als von so etwas, was auf die Abfindung von selbst folgt? Ja, wie hätte, in Voraussetzung einer Succession durch Cession, die Frage, wovon die angeführte Lex 12. §. 8. D. Qui pot. in pign. handelt, überall aufgeworfen werden können? Wenn der neue Gläubiger in Folge einer Cession an die Stelle des abgefundenen tritt, wie konnte es dann einen Augenblick zweifelhaft seyn, ob der Creditor secundus, dem nur erst nach Befriedigung des ersten Gläubigers ein Pfandrecht zustehen sollte, dem neuen den Rang streitig machen könne? Und endlich, ist hier wohl überhaupt eine Cession zu erzwingen möglich? Welche Mittel stehen dem Schuldner zu Gebote, um den Gläubiger zu nöthigen, einem Dritten seine Rechte zu cediren? Darf er ihm, bis sie geschehen, die Zahlung vorenthalten? Und befriedigt er ihn, ohne daß sie vorhergangen, was kann der Gläubiger cediren, nachdem er befriedigt ist? —

Zu denjenigen, welche in die Stelle eines Pfandgläubigers succediren, der mit ihrem Gelde befriedigt ist, gehört auch, oder kann gehören der Käufer einer verpfändeten Sache. Wer nämlich vom Schuldner z. B. ein mit Hypotheken behaftetes Grundstück kauft, tritt ohne Cession und ohne weitern Vertrag mit dem Schuldner an die Stelle der hypothecarischen Gläubiger, die mit seinem Gelde abgefunden sind,

6) Wirklich behauptet es Haubold in der angeführten Diss. cap. 1. §. 3. cap. III. §. 1. in fine.

so daß er sich gegen alle, die mit ihnen gleiche oder schwächere Rechte haben, schützen kann. Die Letztern haben indessen das Recht, dem Käufer der Hypothek das Kaufgeld nebst den Zinsen der Zwischenzeit zu bezahlen und ihn dadurch zu nöthigen, ihnen die verpfändete und verkaufte Sache herauszugeben. Hierher gehören folgende Gesetzstellen:

1) *L.* 3. *C. de his, qui in priorum locum.*

Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio (Besitzthum, Grundstück), quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores: in jus eorum successisti, et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.

2) *L.* 17. *D. Qui pot. in pign.*

Eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

3) *L.* 3. *pr. D. de distr. pign.*

Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit. §. 1. *eod.* Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit ejusque pretium priori creditori solverit, emtori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usurae medii temporis, nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit an denuo pignori obliget.

Manche halten dafür, es sey nicht genug, daß mit dem Kaufgelde ein Creditor hypothecarius prior wirklich abgefunden worden, sondern es sey auch erforderlich, daß der Käufer beim Verkauf dies ausbedungen habe. Dafür scheint

auch

auch die angeführte Lex Codicis zu sprechen, in den Worten: quam emisse te dicis, ita, ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores; allein vergleicht man sie mit den andern beiden Gesetzstellen, so ist man genöthigt, anzunehmen, daß jene Worte der zufälligen Beschaffenheit des Rechtsfalls, worin jenes Rescript erging, angehören, und nicht sowohl dazu dienen sollen, das Recht des Käufers zu begründen, als vielmehr, es fester zu begründen [7]). Indessen wird es consilii seyn, daß der Käufer, welcher ein mit Hypotheken behaftetes Grundstück kauft, nicht unterlasse, jenes zu stipuliren.

Zum Schluß dieser Materie bemerken wir: Die ganze Succession in die Stelle eines abgefundenen Pfandgläubigers beruht auf Billigkeit und auf dem Hauptgrundsatz: jeder nachfolgende Gläubiger soll an die Stelle eines Pfandgläubigers treten, der mit seinem Gelde befriedigt ist. Immer wird jedoch vorausgesetzt, daß ihm selbst ein Pfandrecht zustehe.

1) Bei einem spätern Pfandgläubiger hat die Sache ihre gewiesenen Wege.

2) Bei demjenigen, der zur Abfindung eines Pfandgläubigers leiht, wird ausdrücklich vorausgesetzt, daß er sich dieselbe Sache verpfänden ließ. „Neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore“ [8]). (Eine Cession als nothwendig vorausgesetzt, ginge das sehr wohl an.) Dadurch wird er nun ebenfalls creditor hypothecarius posterior.

7) Zu den Rechtsgelehrten, welche für nöthig halten, daß der Käufer die Abfindung bedinge, gehören Mudaeus (a. a. O. S. 363.), Jensius (Stricturar. jur. Rom. p. 509 sq.), Hofacker (Princ. §. 1218.). Das Gegentheil behaupten unter andern Bachov (a. a. O. cap. 16.), Haubold (a. a. O. cap. 3. §. 4.). Westphal im Pfandrecht §. 174. kann den Letztern beigezählt werden, da er über eine solche von Seiten des Käufers zu machende Bedingniß schweigt.

8) L. 3. D. quae res pign.

3) Vom Käufer, mit dessen Gelde ein Pfandgläubiger abgefunden wird, heißt es am Schluß der L. 3. §. 1. D. de distr. pign. cit. — nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget, daher auch die Möglichkeit, gegen ihn das jus offerendi auszuüben.

Hingegen der mit der actio hypothecaria belangte dritte Besitzer der Sache, die nicht ihm verpfändet ist, succedirt nicht in die Stelle des von ihm befriedigten Gläubigers; es sey denn, daß dieser ihm seine Rechte cedirt. Eine solche Cession zu begehren hat er das Recht, wenn er possessor justus ist, und auch das Mittel in Händen, indem er dem klagenden Gläubiger, solange bis die Cession bewerkstelligt ist, die Sache vorenthalten kann.

Fünfter Abschnitt.

Vom Aufhören des Pfandnexus.

§. 41.

Doppelte Art, wie der Pfandnexus aufhören kann, und zwar 1) vom Aufhören des Pfandnexus in Folge des Aufhörens der Hauptschuld.

Der Pfandnexus kann im Allgemeinen auf doppelte Art aufhören, nämlich einmal mittelbar und zweitens unmittelbar. Mittelbar hört der Pfandnexus auf, wenn das Pfandrecht, weil die Hauptverbindlichkeit, zu deren Bedeckung es dienen soll, aufgehört hat, in Folge dessen erlischt. Da das Pfandrecht, wie auch schon zu Anfange bemerkt ist, als ein bloßes jus accessorium ohne eine Hauptverbindlichkeit so wenig anfangen, als fortdauern kann, so entspringt daraus die nothwendige Folge, daß es mit der Hauptverbindlichkeit oder bloß dadurch, daß die Hauptverbindlichkeit aufhört, von selbst wegfallen muß.

Soll das Pfandrecht durch Tilgung der Hauptverbindlichkeit erlöschen, so wird immer vorausgesetzt, daß die Hauptverbindlichkeit gänzlich aufgehoben sey [1]); denn, wenn die Schuld nur zum Theil getilgt ist, dauert das Pfandrecht für

1) L. 6. de distr. pign. L. 9. §. 3. D. de pign. act.

den Rückstand und zwar — wenn es erlaubt ist, sich dieses Ausdrucks zu bedienen — ganz fort, weil es untheilbar ist.

Gleichgültig ist, unter dieser Voraussetzung, wenigstens in Ansehung des Aufhörens des Pfandrechts selbst, die Art, wie die Hauptverbindlichkeit zusammt dem ihr gegenüberstehenden Hauptrecht getilgt wird, ob dies nämlich geschieht durch wirkliche Zahlung oder durch eine andre, der wirklichen Zahlung gleichgeltende Befriedigung, durch Compensation, Datio in solutum, Novation mit oder ohne Delegation, oder, wenn der Gläubiger sich weigert, die angebotene Zahlung anzunehmen, durch Deposition, oder dadurch, daß der Gläubiger dem Schuldner mit der Hauptschuld ein Geschenk macht, m. a. W. sie ihm erläßt u. s. w. [2]). Nur ist bei einigen dieser Tilgungsarten noch etwas Besonderes zu bemerken.

Wird die Schuld durch wirkliche Zahlung getilgt, so hört das Pfandrecht nur unter der Voraussetzung auf, daß der Gläubiger das empfangene Geld haben und behalten darf, daß er weder dieselben species, noch tantundem einem Dritten herauszugeben genöthigt wird.

L. 21. *D. de jure fisci.*

Titius, qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, cum esset fisci debitor, solvit mihi, quae debebat; postea fiscus, jure suo usus, abstulit mihi pecuniam. Quaerebatur, an liberata essent pignora? Marcellus recte existimabat: si id, quod mihi solutum est, fiscus abstulit, non competere pignorum liberationem. Neque differentiam admittendam esse existi-

2) L. 6. pr. D. Quibus modis pignus solv. L. 9. §. 3. D. de pign. act. L. 3. C. de luit. pign. L. 20. C. de pign. L. 1. §. 1. D. quibus modis pignus solv. L. 5. C. de remiss. pign.

mo, interesse putantium, id ipsum, quod solutum est, an tantundem repetatur.

Auch muß die Zahlung in gutem gangbarem Gelde geschehen. Eine Zahlung, die in verrufenen Münzsorten geschieht, befreit den Schuldner nicht und auch — das Pfand nicht.

L. 24. §. 1. *D. de pign. act.*

Qui reprobos nummos solvit creditori, an habet pignoratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quaeritur? Et constat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis.

Ferner, was den Fall betrifft, da mit der Hauptschuld eine Novation vorgeht, da durch selbige die vorige Verbindlichkeit erlischt, und eine neue an deren Stelle tritt, und dies, wie im Allgemeinen von der Novation [3]), also auch insbesondere von der Expromission als Unterart derselben gilt, indem, wenn ein Andrer die Verbindlichkeit des vorigen Schuldners übernimmt, nicht die alte Verbindlichkeit auf diesen übergeht, sondern eine neue in seiner Person begründet wird [4]), so müßte das Pfandrecht sowohl bei der einfachen Novation, als bei der Expromission selbst dann aufhören, wenn der Gläubiger es sich vorbehielte; ja, es könnte von einem solchen Vorbehalt gar die Rede nicht seyn, und wenn der Gläubiger sich versprechen ließe, das Pfandrecht solle fortbestehen, oder dasselbe Object solle ihm auch in Zukunft zum Pfande dienen, so würde es immer das vorige Pfandrecht nicht seyn, was

3) L. 1. D. de novat.

4) §. 3. I. Quibus modis toll. obl. *L. un. C. Etiam ob chir. pecuniam.* — — Quodsi pactum inter te eumque, qui postea *novam* obligationem susceperat, intercessit etc.

ihm zu gute käme, sondern ein neues. Die Fortdauer des Pfandrechts verträgt sich nun einmal nicht mit dem Aufhören der Hauptverbindlichkeit, und ist diese erloschen, so kann keine Vereinbarung des Schuldners und Gläubigers bewirken, daß das accessorische Recht das Hauptrecht überleben könnte. Soweit reicht der Wille der Paciscenten nicht, daß er einen in der Natur der Sache fest gegründeten Satz umstoßen könnte. Eine Folge davon würde seyn, daß in Fällen der angeführten Art der Gläubiger denjenigen, die nach ihm, jedoch vor der Novation, Pfandrechte erlangt haben, im Collisionsfall nachstehen müßte. Dies haben auch die römischen Rechtsgelehrten wohl erkannt; denn hieraus erklärt es sich, daß sie in Fällen der angeführten Art dem Gläubiger dadurch zu Hülfe kommen, oder das, was, wie es scheint, der römischen Praxis gemäß war, mit der Theorie dadurch ausgleichen, daß sie den Gläubiger in seine eigene Stelle succediren lassen, gleichwie derjenige an die Stelle eines abgefundenen Pfandgläubigers tritt, mit dessen Gelde der abgefundene befriedigt ist und der sich dabei ein Pfandrecht an demselben Object an Stelle des Abgefundenen constituiren ließ. Durch diesen Umweg kömmt es nun darauf zurück, daß das Pfandrecht, der Novation oder Expromission ungeachtet, fortwährt, wenn der Gläubiger es sich vorbehalten oder vielmehr, da dies nicht möglich ist, durch diese Redensart oder auf andre Art zu erkennen gegeben, daß er sich ein Pfandrecht an demselben Object, an Stelle des Abgefundenen, d. h. seiner selbst, ausbedinge.

Es gehören hieher folgende Gesetzstellen:

1) *L.* 18. *D. de novat.*

Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus; usurae non currunt.

2) *L.* 11. §. 1. *D. de pign. act.*
Novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit, ut pignus repetatur.

3) *L. un. C. Etiam ob chirograph. pecuniam.*
Pignus intercidit, si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneretur tibi cautum est. Quodsi pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem.

4) *L.* 3. *D. Qui potior. in pign.*
Creditor, acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit: Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, *tamquam in suum locum succedenti.*

5) *L.* 12. §. 5. *eod.*
Papinianus libro 11. respondit: Si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis acceperit, *in suum locum eum succedere.* Sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam, quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.

Auch diejenige Tilgungsart der Verbindlichkeit, welche im römischen Recht unter dem Namen *confusio* vorkömmt, ist hier nicht ganz mit Stillschweigen zu übergehen. Bisweilen geschieht es,

1) daß durch nachfolgende Ereignisse das Recht des Gläubigers und die Verbindlichkeit des Schuldners in Einem Subject zusammenkommen. Dies geschieht, wenn der Gläubiger stirbt und der Schuldner sein Erbe wird, oder umgekehrt, wenn der Schuldner stirbt und der Gläubiger sein Erbe wird. Dadurch, daß Recht und Verbindlichkeit in Einem Subject zusammentreffen, hören natürlich beide auf, weil Niemand etwas von sich selbst zu fordern haben oder sich selbst etwas schuldig seyn kann. Zugleich mit dem Hauptrecht hören auch die Nebenrechte aus Bürgschaft und Verpfändung auf [5]). Bisweilen kömmt

2) eine Verbindlichkeit zu der andern hinzu. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Hauptschuldner stirbt und der Bürge sein Erbe wird, oder der Bürge stirbt und der Hauptschuldner wird sein Erbe. In beiden Fällen erlischt die Verbindlichkeit, welche aus der Bürgschaft entspringt, erdrückt durch die stärkere Hauptverbindlichkeit, und nur die letztere erhält sich. Hat der Bürge wiederum einen Bürgen für sich gestellt, so wird auch dieser frei, weil die Verbindlichkeit des ersten Bürgen — also das, was in Beziehung auf den zweiten als die Hauptschuld anzusehen ist — getilgt ist. Hat aber der Bürge — nämlich der erste — Pfänder zur Bestärkung seiner Bürgschaftspflicht gegeben, diese Pfänder — werden nicht frei. Dies lehrt uns Africanus [6]).

5) L. 21. §. 3. L. 38. §. 1. L. 50. D. de fidejussor. L. 34. §. 8. L. 75. L. 95. §. 2. de solut. L. 7. C. de pactis. L. 5. L. 6. C. de hered. act.

6) *L.* 38. §. 5. *D. de solut.* Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem heredem te instituit: quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fidejussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari.

Es läßt sich dies Letztere auf verschiedene Art erklären. Der Gläubiger, kann man sagen, muß es sich gefallen lassen, daß die Bürgschaft aufhört, weil Bürgschaft und Hauptverbindlichkeit, also die schwächere neben der stärkeren Verbindlichkeit, in demselben Subject nicht vereinigt seyn können; hingegen die Verpfändung oder die obligatio rei ist mit der Hauptverbindlichkeit, die der Person obliegt, sehr wohl vereinbarlich. Man wird aber dagegen einwenden, daß hier diejenige Hauptverbindlichkeit, zu deren Bedeckung das Pfand dienen sollte, nämlich die Verbindlichkeit des Bürgen, erloschen ist; wie kann also das Pfandrecht fortdauern? Dies läßt sich wol nicht anders erklären, als daß hier die erste Hauptverbindlichkeit, in welche die zweite sich verloren hat, das Pfandrecht tragen muß. Allein, hätte nicht aus demselben Grunde die Verbindlichkeit des zweiten Bürgen aufrecht erhalten werden müssen? [7]) —

Nicht immer, wenn das Pfandrecht in Folge des Aufhörens der Hauptverbindlichkeit erlischt, verschwindet es nach Grundsätzen des römischen Rechts sogleich ipso jure; es gibt Fälle, in welchen es erst ope exceptionis getilgt wird. Getreu seiner accessorischen Natur, schmiegt es sich auch in dieser Hinsicht an die Hauptverbindlichkeit an, und je nachdem diese schon durch's Gesetz oder durch Hülfe einer Einrede getilgt wird, hört auch das Pfandrecht ipso jure oder ope exceptionis auf. Die Hauptverbindlichkeit wird durch Hülfe

7) Viel Mühe, diese Erscheinung zu erklären, wendet Voet an (ad tit. Dig. de solut. §. 20.). Bachov (de pign. lib. 5. cap. 2. nr. 7.) lehrt, die confusio sey ein modus tollendae obligationis mere civilis, die obligatio naturalis daure fort; allein dann hätte auch die Bürgschaft (wenigstens die zweite) fortdauern müssen. Uebrigens ist schon früher bemerkt, daß durch confusio auch die obligatio naturalis aufhört. — Andre Fälle der confusio, auffer den im Text angeführten, bedürfen hier keiner Erwähnung.

einer Einrede getilgt, namentlich dann, wenn der Schuldner von der Ansprache des Gläubigers durch den rechtskräftigen, obgleich ungerechten, Ausspruch des Richters freigesprochen ist, und dem Gläubiger steht, wenn er auf's Neue klagt, die exceptio rei judicatae entgegen, sowohl in Beziehung auf die Hauptschuld, als auch in Beziehung auf das Pfandrecht [8]). Ebenso, wenn, nach Vereinbarung mit dem Gläubiger, der Schuldner außergerichtlich geschworen hat, daß er ihm nicht schuldig sey, steht dem Gläubiger, wenn er klagt, eine peremtorische Einrede, die Exceptio jurisjurandi, entgegen, wie in Ansehung der Hauptschuld, also auch in Ansehung des Pfandrechts [9]). Auch durch Pactum remissorium erlischt die Verbindlichkeit nicht immer ipso jure, sondern bald ipso jure, bald ope exceptionis. Wie es nämlich Grundsatz des römischen Rechts ist, daß aus Pactis nudis keine klagbare Verbindlichkeit entsteht, so wird eine einmal begründete klagbare Verbindlichkeit auch selbst nicht durch Pactum nudum aufgehoben, vielmehr bleibt der Schuldner stricto jure verbunden; der Prätor kömmt ihm indessen durch eine peremtorische Einrede, durch die exceptio pacti de non petendo, zu Hülfe [10]). Daher erlischt dann auch das für

8) §. 5. J. de except. L. 6. D. de except. rei jud.

9) §. 4. J. de except. *L.* 40. *D. de jurejurando.* Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur. Est enim hoc acceptilationi simile. *Perpetuam certe exceptionem parit.* Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet, et solutum repeti potest, utpote cum interposito eo, ab omni controversia discedatur. *L.* 13. *D. Quibus modis pignus.* Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset; nam etsi a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

10) §. 3. J. de except. *L.* 5. *C. de pactis.* Creditori tuo si partem pecuniae exsolvisti, de parte vero non petenda inter te et eum convenit ob causas nego-

eine ſolche Verbindlichkeit beſtellte Pfandrecht durch den Vertrag, wodurch die Hauptſchuld erlaſſen wird, nicht ipso jure, ſondern ope exceptionis.

L. 17. §. 2. *D. de pactis.*

De pignore jure honorario nascitur pacto actio; tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, *Ne petam* [11]).

Nur wenn das Pactum, wodurch die Verbindlichkeit erlaſſen wird, durch ein Civilgeſetz beſtätigt iſt, nur dann erliſcht die Verbindlichkeit ipso jure [12]). Auch wenn die Contrahenten ſich wechſelſeitig der Verbindlichkeit aus einem noch nicht erfüllten Conſenſualcontract entlaſſen, geht die Verbindlichkeit ipso jure unter [13]). Und endlich erliſcht eine Verbindlichkeit durch Pactum de non petendo, gleichwie durch den vom Gläubiger dem Schuldner zugeſchobenen und von dieſem abgelegten auſſergerichtlichen Eid, *ipso jure*, wenn in dem einen Fall, wie in dem andern, die erlaſſene Verbindlichkeit eine bloß natürliche war [14]). Die Anwendung hiervon auf das Pfandrecht macht ſich von ſelbſt.

tiaque ejus tuo patrocinio fideque defensa, ea obligatione partim civili jure, partim honorario liberatus es. Nam exceptio perpetua pacti conventi vel doli, residui petitionem repellit, cum et solutum per ignorantiam repeti posset.

11) S. auch L. 5. pr. D. Quibus modis pignus.

12) L. 6. D. de pactis.

13) §. 4. J. Quibus modis toll. obl. L. 2. et 3. D. de rescind. vend. L. 7. §. 6. D. de pactis.

14) *L.* 95. *§.* 4. *D. de solut.* *Naturalis* obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando *ipso jure tollitur*, *quod vinculum aequitatis*, *quo solo substinebatur*, *conventionis aequitate dissolvitur.*

§. 42.

II) Vom Aufhören des Pfandnexus bei fortdauernder Hauptschuld, und zwar 1) durch Remission.

Ausserdem, daß das Pfandrecht in Folge der aufgehobenen Hauptverbindlichkeit erlischt, kann es auch oftmals aufhören, wenn gleich die Hauptverbindlichkeit annoch fortdauert.

Dies geschieht 1) durch Remission des Pfandrechts oder dadurch, daß Gläubiger und Schuldner mit einander übereinkommen: Ne res sit amplius obligata.

Ob durch dieses Pactum das Pfandrecht ipso jure erlischt, oder ope exceptionis? — Die Rechtsgelehrten streiten darüber, und manche [1]) nehmen an: das Pfandrecht, wenn es unmittelbar erlassen wird, als wovon hier die Rede ist, gehe ipso jure unter. Das Gegentheil ist, so scheint es, für richtig anzunehmen. Denn, wiewohl es durch die L. 17. §. 2. D. de pactis nicht erwiesen wird (diese Stelle spricht nur von einem Vertrage, wodurch die Hauptschuld erlassen wird), so läßt sich dafür anführen die L. 23. Cod. de pign.

> Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, *cum hoc solum pactum vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur,* persequi non potest.

Die Aufgebung des Pfandrechts kann sich über die ganze verpfändete Sache erstrecken, aber auch über einen Theil derselben, und namentlich einen ideellen. Wird ein ideeller Theil der verpfändeten Sache vom Pfandnexus frei gelassen, so kann dies entweder in der Art geschehen, daß einem, dem kein Dominium solitarium zusteht, das Pfandrecht in Ansehung

1) Z. B. *Vinn.* ad §. 4. J. Quibus modis toll. obl.

seines ganzen ideellen Antheils erlassen wird, oder in der Art, daß überhaupt das Pfandrecht an einem ideellen Antheil der Sache aufgegeben wird. Das Pfandrecht dauert dann freilich an dem nicht aufgegebenen ideellen Theil fort, so daß es sich über die ganze Sache theilweise erstreckt und jeder Besitzer eines abgesonderten Theils in Ansehung des ideellen Antheils an diesem Theil, z. B. in Ansehung der Hälfte dessen, was er besitzt, wenn das Pfandrecht pro parte dimidia aufgegeben, und also auch pro parte dimidia beibehalten worden, in Anspruche genommen werden kann. Selbst der Miteigenthümer, dessen ganzer Antheil vom Pfandrecht frei gelassen worden, kann, wenn er die ganze Sache besitzt, als Besitzer des ideellen Theils, woran das Pfandrecht fortdauert, in Ansehung dieses ideellen Antheils in Anspruche genommen werden.

L. 8. §. 3. *Quibus modis pignus.*

Si convenerit, ne pars dimidia pro indiviso pignori sit, quaecunque fundi ejus pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petetur. §. 4. eod. Si plures dederint pro indiviso, et cum uno creditor paciscatur, *ne hypothecae sit*, deinde ab eo petat, etiam si *hic, cum quo pactus est*, solidum fundum possideat pro indiviso: quia de parte convenisset, non repellit eum a toto.

Aus dieser Stelle lernen wir zugleich, daß, wenn dem einen von mehreren Miteigenthümern, deren gemeinschaftliche Sache dem Pfandnexus unterworfen ist, das Pfandrecht erlassen wird, und zwar der Gläubiger sich seines Pfandrechts überhaupt begibt, nicht bloß für den Antheil desjenigen, mit dem er den Vertrag schließt, die Wirkung des Vertrags sich doch auf die Person des Letztern beschränkt und den übrigen

Miteigenthümern nicht zu gute kömmt, indem nur der Antheil desjenigen vom Pfandnexus frei wird, mit dem das Pactum remissorium geschlossen ward.

Auf allen Fall kann die Aufgebung des Pfandrechts entweder seyn eine ausdrückliche oder stillschweigende, jenachdem die Einwilligung entweder ausdrücklich oder stillschweigend erklärt wird. Von der Remissio tacita ist zu unterscheiden die Remissio praesumta, welche auf dem durch die Gesetze vermutheten Willen beruht. Beide, die Remissio tacita und die Remissio praesumta, werden hier ebenso, wie bei der Entstehung des Pfandrechts durch Vertrag der Consensus tacitus und praesumtus, mit einander verwechselt. Denn die Fälle, die nun folgen sollen, gehören meistens bloß zur Remissio praesumta, man rechnet sie aber zur Remissio tacita, woraus dann die Folge entspringt, daß eine Remissio tacita angenommen wird, wo man doch nicht berechtigt seyn würde, auf Aufgebung des Pfandrechts mit Sicherheit zu schließen. Eine Aufgebung des Pfandrechts ist nach rechtlicher Vermuthung anzunehmen:

1) Wenn der Gläubiger dem Schuldner die verpfändete Sache zurückgibt, und nicht beweisen kann, daß eine andre Absicht bei der Zurückgabe obgewaltet habe, z. B. daß sie nur in der Erwartung, der Schuldner werde dagegen Zahlung leisten, geschehen sey [2]). Gibt der Gläubiger dem Schuldner die Handschrift zurück, welche über die contrahirte Schuld lautet, so ist die Forderung selbst, und in Folge dessen auch das Pfandrecht, als erlassen anzunehmen [3]); und dieser Fall gehört daher nicht hieher, sondern zu dem ersten Hauptfall.

2) Wenn der Gläubiger, da ihm vorher ein Pfand-

2) L. 3. D. de pign. act. L. 9. C. de remiss.

3) L. 2. §. 1. L. 3. D. de pactis. L. 7. C. de remiss. pign.

recht zustand, sich jetzt einen Bürgen stellen läßt [4]), und ebenso, wenn er sich an einer andern Sache ein Pfandrecht constituiren läßt [5]).

3) Besonders ist eine Aufgebung des Pfandrechts, den Gesetzen zufolge, anzunehmen, wenn der Gläubiger in den Verkauf oder eine andre Art der Veräusserung der verpfändeten Sache einwilligt, es mag nun diese Einwilligung der Veräusserung des Pfandes vorhergehen, oder, als Ratihabition, auf sie folgen [6]). Die Einwilligung kann, wie überhaupt, so auch hier, eine ausdrückliche oder stillschweigende seyn. Den Gesetzen zufolge ist sie dann als vorhanden anzunehmen, wenn der Gläubiger die über das Veräusserungsgeschäft errichtete Urkunde unterschreibt [7]). Dadurch hat er in die Veräusserung und eo ipso in die Aufgebung seines Pfandrechts eingewilligt.

Das bloße Schweigen des Gläubigers, der von der vorgehenden Veräusserung Wissenschaft hat, ist nicht hinlänglich, um daraus eine Einwilligung in die Veräusserung abzuleiten. Denn der Gläubiger kann die Veräusserung immer geschehen lassen, weil sie seinem Rechte nicht nachtheilig ist und ihm das Pfand verhaftet bleibt, überall, wo es sich auch befinden mag [8]). Nur ausnahmsweise ist das bloße Schweigen dem Gläubiger eben so nachtheilig, als die Einwilligung in die Veräusserung. Dies ist der Fall, a) wenn der Verkauf des Pfandes öffentlich angekündigt ward und die Gläubiger aufgefordert wurden, ihre Rechte daran geltend zu machen [9]), b) wenn es der Fiscus war, welcher die Hypothek zum Ver-

4) L. 14. D. Quibus modis pignus.

5) L. 9. §. 3. de pign. act.

6) L. 4. §. 1. D. Quibus modis pign.

7) L. 8. §. 15. D. Quibus modis pign.

8) L. 8. §. 15. cit. D. Quibus modis pign.

9) L. 6. C. de remiss. pign.

kauf brachte [10]). In beiden Fällen liegt zwar in dem Stillschweigen keine Einwilligung, das Pfandrecht des schweigenden Gläubigers geht aber verloren, und es wird ihrer hier nur beiläufig erwähnt.

Anders ist es aber, wenn der Gläubiger nicht bloß schweigt, sondern in die Veräusserung einwilligt. Zwar, die Veräusserung der verpfändeten Sache ist mit der Fortdauer des Pfandrechts verträglich; aber welchen andern Zweck kann die bei dem Gläubiger nachgesuchte und von ihm ertheilte Einwilligung wol haben, als daß das Pfandrecht aufhören soll, und daß die künftigen Besitzer eine von dieser Last freie Sache besitzen sollen? Hier also ist, wenigstens in den meisten Fällen, Remissio vera et quidem tacita, und praesumta zugleich vorhanden.

Soll jedoch durch Einwilligung in die Veräusserung der Sache das Pfandrecht erlöschen, so wird immer vorausgesetzt:

a) daß der einwilligende Gläubiger ein solcher ist, welchem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht [11]);

b) daß die Veräusserung wirklich zu Stande kam [12]), worauf sodann das Pfandrecht erlischt, obgleich die Sache dem Erwerber noch nicht tradirt ist [13]);

c) daß die Veräusserung gültig geschlossen [14]) und

d) nicht rückgängig ward [15]); auch

e) daß der Gläubiger sich bei der Einwilligung in die Veräusserung nicht etwa sein Pfandrecht vorbehalten hat. Hat der

10) L. 8. C. de remiss. pign.

11) L. 7. D. Quibus modis pignus.

12) L. 8. §. 6. D. Quibus modis pignus.

13) L. 8. §. 12. D. eod.

14) L. 4. §. 2. D. Quibus modis pign.

15) L. 10. pr. D. eod.

der Gläubiger nur *salvo jure pignoris* eingewilligt, so dauert freilich das Pfandrecht fort [16]).

Wie aber, wenn der Gläubiger in eine Art der Veräusserung eingewilligt hat, und der Schuldner nimmt eine andre Art von Veräusserung vor, z. B. der Gläubiger willigt in den Verkauf, nun verschenkt der Schuldner die Sache. Hört auch hier das Pfandrecht auf, oder dauert es fort? — Es kömmt darauf an, ob der Gläubiger ein (pecuniäres oder nicht pecuniäres) Interesse dabei hatte, daß nur die Art der Veräusserung vor sich ging, worin er einwilligte, nicht die andre, z. B. ob er in den Verkauf willigte, indem er darauf rechnete, durch den Kaufpreis seine Befriedigung zu erhalten, — oder ob es an einem solchen Interesse gebricht. Im erstern Fall dauert das Pfandrecht fort, — im letztern schwindet es. Der hier aufgestellte Unterschied zwischen dem fehlenden oder vorhandenen Interesse, wenn er nicht schon in der Natur der Sache gegründet ist, läßt sich aus der L. 8. §. 13. D. Quibus modis pignus abziehen.

Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero donaverit, an exceptione illum summoveat? An facti sit magis quaestio, numquid ideo veniri voluit, ut pretio accepto, ipsi quoque res expediat? quo casu non nocebit consensus. Quod si in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur, propter onera matrimonii. In contrarium si concessit donare et vendiderit debitor, repelletur creditor. Nisi si quis dicat, ideo concessisse donari, quod amicus erat creditori is, cui donabatur.

Hat der Gläubiger eingewilligt, der Schuldner dürfe für eine bestimmte Summe verkaufen, und er verkauft

16) L. 4. §. 1. D. Quibus modis pign.

sie unter dieser Summe, — und ebenso, wenn er eingewilligt hat, der Schuldner dürfe innerhalb eines bestimmten Zeitraums verkaufen, und er verkauft sie nach Ablauf desselben — in beiden Fällen dauert das Pfandrecht fort [17]).

Ist das Pfandrecht einmal erloschen, weil der Gläubiger in die Veräusserung der verpfändeten Sache einwilligte, so lebt es nicht wieder auf, wenn auch der Schuldner die verpfändete Sache in der Folge wieder erwirbt [18]). Selbst das allgemeine Pfandrecht, was doch sonst auf's Künftige sich erstreckt, ergreift diejenige Sache nicht mit, in deren Veräusserung der Gläubiger einmal eingewilligt hat und die der Schuldner nach der Veräusserung wieder erwirbt. So entschied Justinian den Streit, der über diesen Punct zwischen den alten Rechtsgelehrten herrschte, in der L. ult. C. de remiss. pign.

4) Wenn der Gläubiger einwilligt, daß der Schuldner die Sache, woran ihm ein Pfandrecht zusteht, einem andern auf's Neue verpfänden dürfe, ob auch dann eine Aufgebung des Pfandrechts anzunehmen sey, ist streitig. Einen Zweck muß freilich auch hier die nachgesuchte und ertheilte Einwilligung des Gläubigers haben. Dieser kann aber darin liegen, daß der Gläubiger, welcher einwilligt, dem neuen Gläubiger bloß nachstehen soll. Jener kann also bloß sein vorzügliches Pfandrecht, nicht sein Pfandrecht überhaupt, haben aufgeben wollen. Das Erstere vor dem Letzteren vermuthen, ist dem Grundsatz gemäß, daß von Jedem anzunehmen ist, er habe von seinem Rechte so wenig als möglich aufgeben wollen. Auch scheint die L. 12. §. 4. D. Qui pot. in pign. dafür zu sprechen, daß nur Aufgebung des vorzüglichern Rechts zu vermuthen sey. Die Stelle lautet also:

17) L. 8. cit. §. 14 et 18.

18) L. 8. §. 7 et 8. D. Quibus modis pign.

Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate: secundus potior erit. Pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quaeritur? Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur.

Allein, die gewöhnliche Meinung, daß nämlich Aufgebung des Pfandrechts überhaupt zu vermuthen sey, findet eine Stütze an der L. 12. pr. D. Quibus modis pignus solv. Hier heißt es:

Paulus respondit: Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse, et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, et si Respublica tertio loco crediderit.

Zwar läßt auch diese Stelle noch einigen Zweifel übrig. Denn die Frage, welche Paulus beantwortete, war nicht sowohl, ob der Gläubiger durch die Einwilligung in die neue Verpfändung sein Pfandrecht verliere, sondern ob der neue Gläubiger an seine Stelle trete, so daß er einem in der Mitte stehenden Pfandgläubiger vorzuziehen sey. Er verneint diese Frage, fängt indessen damit an, daß er im Allgemeinen den Satz aufstellt: es sey anzunehmen, ein Gläubiger, der in die neue Verpfändung willige, wolle sein Pfandrecht aufgeben.

Eine andre Stelle, welche dagegen angeführt wird, dient

nur dazu, die gewöhnliche Meinung zu bestärken. Es ist L. 9. §. 1. D. Quibus modis pignus solv., wo es heißt:

> Titius Sejo pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus cum esset Reipublicae ante obligatus, secundus creditor pecuniam Reipublicae eam solvit; sed Maevius exstitit, qui dicebat, ante Rempublicam fundum sibi obligatum fuisse; inveniebatur autem Maevius instrumento cautionis cum Republica facta a Sejo, interfuisse et subscripsisse, quo caverat Sejus, fundum nulli alii esse obligatum. Quaero, an actio aliqua in rem Maevio competere potest? Modestinus respondit: pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse.

Hier wird demjenigen überhaupt ein Pfandrecht abgesprochen, der in die neue Verpfändung eingewilligt und seine Einwilligung durch Mitunterschrift der Urkunde, worin das neue Pfandrecht constituirt ward, erklärt hatte. Daß in der Urkunde gesagt war, das Grundstück sey von andern Hypotheken frei, darf uns nicht irre machen; es ist bloß ob contingentiam facti die Rede davon. In der Entscheidung Modestin's wird auf diesen Umstand keine Rücksicht genommen, sondern der Grund derselben bloß in der (in substrato per factum erklärten) Einwilligung in die neue Verpfändung gesetzt.

Das Resultat von allem diesen würde sich aus der Vergleichung der drei angeführten Gesetzstellen also ergeben: Ob der Gläubiger, welcher in die neue Verpfändung eingewilligt hat, sein Pfandrecht überhaupt oder nur sein vorzüglicheres Pfandrecht habe aufgeben wollen, ist zwar an sich quaestio facti; aber in dubio, nach rechtlicher Vermuthung, anzu-

nehmen, er habe sein Pfandrecht überhaupt aufgeben wollen [19]).

§. 43.

Fortsetzung.

2) Verlust des Pfandrechts durch Untergang der verpfändeten Sache.

Das Pfandrecht hört ferner auf, obgleich die Schuld fortdauert, 2) durch totalen Untergang der verpfändeten Sache.

L. 8. *pr. D. Quibus modis pignus.*

Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

Geht die verpfändete Sache nicht ganz zu Grunde, sondern nur zum Theil, so dauert das Pfandrecht an dem übrig gebliebenen Theile fort. Wenn daher das verpfändete Haus durch eine Feuersbrunst zerstört wird, so dauert das Pfandrecht an der Erdfläche fort, worauf es stand; denn diese wird als Theil des Hauses angesehen. Wird über der area ein neues Gebäude wieder aufgeführt, so ist das neue Gebäude, nach den Grundsätzen von der Accession, dem Pfandnexus unterworfen. Es macht auch an und für sich und in Beziehung auf die Existenz des Pfandrechts keinen Unterschied, ob es der Schuldner selbst war, welcher die area neu bebaute, oder ein Dritter, an den der Schuldner sie z. B. ver-

19) Daß Aufgebung des Pfandrechts überhaupt zu vermuthen sey, behaupten auch *Hartmann Pistor.* Quaest. jur. civ. III. 16. *Franzke* ad Pand. tit. Quibus modis pignus solv. nro. 110 sqq. *Lauterbach* ad Dig. h. t. §. 9. *Mev.* Dec. V. 72. *Hofacker* Princ. jur. civ. II. §. 1227. Das Gegentheil *Molinaeus* de usuris nro. 685. *Mudaeus* ad tit. D. Quibus modis pignus solv. nro. 26. *Leyser* Spec. 233. med. 3 et 4.

kaufte. Nur kann der Dritte, welcher, vom Pfandrecht nicht wissend, die area bebaute, begehren, daß ihm, wenn der Gläubiger sein Pfandrecht geltend machen will und die Auslieferung des verpfändeten Hauses begehrt, vom Gläubiger zuvor die Baukosten vergütet werden, und zwar insoweit, als das neue Gebäude jetzt mehr werth ist, als das alte.

1) *L.* 35. *D. de pignor.*

Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore tuo restituta, idem in nova insula juris habes.

2) *L.* 21. *D. de pign. act.*

Domo pignori data, et area ejus tenebitur, est enim pars ejus. *Et contra jus soli sequetur aedificium.*

3) *L.* 29. §. 2. *D. de pignor.*

Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit: quaesitum est de jure pignoris? Paulus respondit: pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est cum jure pignoris, sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.

Was aber Rechtens sey, wenn die Sache nicht untergeht, sondern nur verändert wird, — ob und inwiefern das Pfandrecht dadurch aufhöre, darüber eine Theorie zu bilden, haben die Gesetze, wie in so vielen andern Fällen, uns selbst überlassen. Es gehören hieher folgende beide Gesetzstellen:

1) *L.* 18. §. 3. *D. de pign. act.*

Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem

ex ea materia factam non esse pignoris, Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis. Et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait, quaeque ex silva facta natave sint.

2) *L.* 16. §. 2. *D. de pignor.*

Si res hypothecae data, postea mutata fuerit, aeque hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta. Item si de loco convenit et domus facta sit. Item de loco dato, deinde vineis in eo positis.

Die letzte Stelle gibt die Regel an die Hand: Veränderungen, die mit der Sache vorgehen, heben das Pfandrecht nicht auf. Diese Regel wird auf einzelne Beispiele angewandt: Das Pfandrecht hört nicht auf, wenn das verpfändete Haus niedergerissen und aus der area ein Garten gemacht; es hört nicht auf, wenn die verpfändete area in einen Weinberg umgeschaffen; es hört auch nicht auf, wenn über der verpfändeten area ein Haus aufgeführt ward (gewinnt dann sogar an Umfang). Dennoch hört nach der zuerst angeführten Stelle das Pfandrecht auf, wenn aus den verpfändeten Bäumen ein Schiff verfertigt ward, also ebenfalls mit dem Object eine Veränderung vorging. Es kömmt nur darauf an, die Verschiedenheit der angeführten Fälle ausfindig zu machen, um zu wissen, wie die angegebene Regel, die als solche nicht zu bestreiten ist, zu modificiren sey. Nun kommen die in der zweiten Stelle angeführten Beispiele darin überein, daß das Object des Pfandrechts zwar eine Veränderung erleidet, daß es aber dennoch dieselbe Sache bleibt. Die area bleibt area, wenn sie auch mit Weinstöcken bepflanzt, oder zum Garten eingerichtet wird, und wird ein Haus darüber aufgeführt, so wird dieses sogar von ihr an sich gezogen, so

daß es das Schicksal der area theilt. Hingegen in dem Beispiel, was in der ersten Stelle enthalten ist, wird die Sache dermaßen verändert, daß sie in eine andere Art von Sachen übergeht. Es ist dieselbe Sache nicht mehr; aliud est materia, aliud navis, wie der Jurist sagt. — Die gewöhnliche Theorie läßt es auf den Unterschied ankommen, ob die Sache so umgestaltet ward, daß ihr die vorige Gestalt zurückgegeben werden kann, oder ob dies nicht geschehen kann; nur im letztern Fall soll das Pfandrecht aufhören [1]), und, wie manche annehmen, auch nur dann, wenn es ein Fremder war, der die Specification vornahm, — nicht der Eigenthümer oder Jemand für ihn. Allein, an der Richtigkeit dieser Theorie kann noch gezweifelt werden. Die angeführte L. 18. §. 3. D. de pign. act. setzt den Grund des Aufhörens des Pfandrechts bloß darin, weil das Object nicht mehr dasselbe ist. Ist das Object nun aber weniger alia res geworden, weil es möglich ist, die Sache zurückzuverwandeln? ist sie es weniger geworden, weil es der Eigenthümer war, der die Specification vornahm? und geben nicht die Schlußworte der angeführten, keinen Unterschied statuirenden, sondern allgemein redenden L. 18. §. 3. D. de pign. act. zu erkennen, daß der Jurist grade den Fall einer vom Schuldner selbst vorgenommenen Specification hauptsächlich vor Augen hatte? Der Gläubiger hätte es sich gefallen lassen müssen, wenn der Schuldner die verpfändete Sache zerstört hatte; so wird er es sich auch gefallen lassen müssen, wenn er eine Specification damit vornahm. Auch im letztern Fall hat die verpfändete Sache aufgehört zu seyn; sie ist in dem neuen Object untergegangen. Dazu kömmt, daß auch der Nießbrauch auf-

1) Westphal's Pfandrecht §. 250. *Erxleben* Princ. de jure pign. §. 338.

hört, wenn die Sache zu Grunde geht oder in eine neue Species umgewandelt wird. Es scheint also, daß beim Pfandrecht dasselbe gelten und dieses ohne Unterschied, wie der Nießbrauch, aufhören müsse, wenn das Object dermaßen umgestaltet wird, daß es in eine neue Species übergeht.

Eine eigne Meinung hegt Bachov [2]). Auch er verwirft den Unterschied, ob die Sache zurück zu verwandeln sey oder nicht; jedoch in einem ganz entgegengesetzten Sinn. Nämlich das Pfandrecht soll nach ihm, wenn die Sache in eine neue Species verwandelt wird, ohne allen Unterschied fortdauern, und daß, wenn der Wald verpfändet ist, ein aus Bäumen dieses Waldes verfertigtes Schiff nicht verpfändet ist, dieses soll daher rühren, weil die Verpfändung des Waldes die einzelnen Bäume nicht so ergreife, daß nicht der Verpfänder befugt seyn sollte, sie zu fällen und zu benützen.

Alles wohl erwogen, verdient die gewöhnliche Theorie vor allen den Vorzug.

Die Regel, welche L. 16. §. 2. D. de pign. aufstellt, ist zwar allgemein und begreift in den Anfangsworten auch solche Fälle unter sich, da die Sache in eine neue Species übergeht. Indessen muß doch diese Regel nach den Grundsätzen von der Specification eingeschränkt werden. Zuvörderst versteht es sich von selbst, daß, wenn ein Dritter die Specification vornimmt, zugleich mit dem Eigenthum des Verpfänders auch das dadurch getragene Pfandrecht des Gläubigers erlöschen müsse; dem einen, wie dem andern fehlt fortan das Object, welches als untergegangen zu betrachten ist. Aber auch dann, wenn der Verpfänder selbst eine solche Specification vornimmt, muß das Pfandrecht erlöschen. Denn

2) De pign. lib. 5. cap. 12.

da das Eigenthum, als ein vorzügliches Recht, durch Specification erlischt, muß dies auch von dem Pfandrecht, als einem minder vorzüglichen, gelten. Wie könnten die Gesetze, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu stehen, das Eigenthum durch Specification vernichten, das Pfandrecht aber fortdauern lassen? Ist es bei der Specification einmal als untergegangen zu betrachten, so ist es untergegangen, wie in Hinsicht auf das Eigenthum, also auch in Hinsicht auf das Pfandrecht, ja auf jedes Recht überhaupt. Bekanntlich erlischt das Eigenthum aber nur, wenn die Sache dermaßen umgestaltet wird, daß keine Zurückverwandlung in die vorige Gestalt möglich ist. Und eben dies muß nun auch vom Pfandrecht gelten. Ohne Unterschied kann es nicht aufhören, wie der Nießbrauch ohne Unterschied aufhört, wenn die Sache in eine andere Species übergeht. Beim Nießbrauch gehen die Gesetze von ganz andern Grundsätzen aus und binden sich strenge an die bei der Verleihung gebrauchten Ausdrücke, wie daraus hervorgeht, wenn man die hieher gehörigen Stellen mit einander vergleicht [3]). Ohne Unterschied kann es nicht fortdauern. Dieser Satz, wofür es keines besondern Beweises bedarf, wird bestätigt durch L. 18. §. 3. D. de pign. act., wornach das aus verpfändeten Bäumen verfertigte Schiff dem Pfandnexus nicht unterworfen ist. In diesem Beispiel ist keine Zurückverwandlung möglich, und in Fällen dieser Art erlischt das Pfandrecht. Die Erklärung, die Bachov von dieser Stelle gibt, ist den Worten der Stelle nicht angemessen. Denn der römische Rechtsgelehrte sagt nicht: quia aliud est *silva*, aliud navis; sondern: quia aliud est *materia*, aliud navis. So drücken sich die römischen

3) L. 10. §. 2. 3. 4. 5. 6. D. quibus modis usufr. L. 36. pr. D. de usufr.

Rechtsgelehrten aus, wenn von der Specification die Rede ist.

§. 44.

Fortsetzung.

3) Aufhören des Pfandrechts in Folge des erloschenen Rechts des Schuldners an der verpfändeten Sache.

Das Pfandrecht erlischt weiter, wenn das Recht desjenigen, der es ertheilte, und vermöge dessen er es ertheilte, von der Beschaffenheit war, daß es auch ohne seinen Willen ihm entzogen werden und zu einem Andern zurückkehren konnte. Sobald dieser Fall eintritt, erlischt das Pfandrecht ipso jure, nach der Regel: Resoluto jure dantis solvitur jus accipientis. Dahin gehört nun:

a) wenn dem Verpfänder selbst nur ein Pfandrecht zustand. Sobald das Pfandrecht des Verpfänders erlischt, hört auch das davon abhängige Pfandrecht desjenigen zugleich mit auf, an den er die ihm verpfändete Sache weiter verpfändete [1];

b) wenn der Usufructuar den Ususfructus verpfändete und durch den Tod des Usufructuars oder auf andere Weise der Ususfructus mit dem Eigenthum wieder vereinigt ward [2];

c) wenn der Emphyteuta sein Grundstück verpfändete und dieses durch Privation, z. B. wegen nicht bezahlten Canons, oder durch Consolidation an den Eigenthümer zurückfällt [3];

1) L. 40. §. ult. D. de pign. act. L. 1 et 2. C. Si pignus pignori.

2) L. 8 pr. D. Quibus modis pignus.

3) L. 31. D. de pign.

d) wenn der Erbe die unter Bedingung vermachte oder mit einem Fideicommiß beschwerte Sache, ehe denn die Bedingung in Erfüllung ging, verpfändete, so erlischt mit dem Eintritt der Bedingung, gleich andern ihr aufgelegten Lasten, das Pfandrecht ipso jure [4]);

e) der hieher gehörige Hauptfall tritt ein, wenn die Sache, die der neue Eigenthümer verpfändete, an den vorigen Eigenthümer zurückfällt. Hierbei ist man jedoch gewohnt, mit Vinnius [5]) und dem ihm folgenden Voet [6]) folgenden Unterschied aufzustellen. Entweder kehrt das Eigenthum, sobald ein gewisser Umstand eintritt, ganz von selbst und ohne daß es einer Handlung des neuen Eigenthümers bedarf — ipso jure — an den vormaligen Eigenthümer zurück, so daß er die Sache von jedem, auch dem dritten Besitzer, abfordern und sie mit einer Rei-vindicatio verfolgen kann; oder dem vormaligen Eigenthümer steht bloß ein persönliches Recht und eine persönliche Klage gegen den neuen zu, vermittelst deren er ihn zwingt, die Sache an ihn, den vormaligen Eigenthümer, zurückzugeben. Im erstern Fall hört das Pfandrecht auf, im letztern dauert es fort. Jenes oder ein sogenannter Reditus dominii legalis tritt ein, wenn das Eigenthum sub conditione resolutiva übertragen ist, und daher namentlich dann, wenn eine Sache sub lege commissoria verkauft ward, und der Käufer, welcher die Sache als neuer Eigenthümer verpfändete, das Kaufgeld nicht zur rechten Zeit entrichtete; ferner, wenn dem Kaufcontract das Pactum addictionis in diem angehängt ward, und sich in der Folge Jemand findet, der mehr für die Sache geben will.

4) L. ult. §. 3. C. Communia de legatis. L. 13. §. 1. D. de pign.

5) Sel. qu. Lib. II. cap. 5.

6) Ad Dig. Lib. XX. tit. 6. §. 8.

Dieses hingegen findet Statt beim Pacto displicentiae, ferner beim Pacto de retrovendendo, imgleichen, wenn der Handel wegen Verletzung beziehungsweise unter oder über die Hälfte oder wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Waare angefochten wird.

Diese Unterscheidung empfiehlt sich beim ersten Anblick nicht wenig. Was kann natürlicher seyn, als daß, wenn das Eigenthum ipso jure an den vormaligen Eigenthümer zurückkehrt und es so anzusehen ist, als wäre es nie von ihm übertragen, nie von ihm getrennt gewesen, die in der Zwischenzeit vom neuen Eigenthümer der Sache aufgebürdeten Lasten wegfallen müssen; und, auf der andern Seite, was kann natürlicher seyn, als daß eben diese Lasten fortdauern, wenn der neue Eigenthümer an und für sich ein dominium perpetuum et irrevocabile erwarb und vermöge dessen auch befugt war, darüber zu disponiren, sie mit Hypotheken u. s. w. zu beschweren, ja selbst sie der Substanz nach zu veräussern, wenn es ihm so gefiel, während dem vormaligen Eigenthümer bloß ein persönliches Recht zusteht, sie von ihm, wenn er sie noch besitzt, und von keinem Dritten zurückzufordern.

Und dennoch wird man schwerlich im Stande seyn, diese Unterscheidung aus den Gesetzen zu erweisen, und wir wagen es, auf die Gefahr, uns zu irren, an der Richtigkeit dieser ganzen Theorie zu zweifeln, ja stehen selbst nicht an, zu behaupten, daß sie Widersprüche in sich enthält, und daß selbst die einzelnen Beispiele nicht durchgängig richtig sind, daß wenigstens dagegen Einiges zu erinnern ist.

Richtig ist es, daß die vom neuen Eigenthümer der Sache aufgebürdeten Lasten aufhören, wenn er sie als Käufer sub lege commissoria erwarb, und der Verkäufer, weil

jener mit dem Kaufgelde im Rückstande blieb, von seinem Recht, vom Handel wieder abzugehen, Gebrauch machte. Und doch müßte, wäre jene Theorie richtig, hier grade das Gegentheil gelten. Denn, obwohl die lex commissoria von den Gesetzen für eine conditio resolutiva angesehen wird [7]), so steht dem Verkäufer, im Fall diese Bedingung in Erfüllung geht, der Regel nach doch nur ein persönliches Recht zu, um zum Besitz der Sache und dadurch zum Eigenthum wieder zu gelangen; keinesweges kehrt dieses ipso jure an ihn zurück. Deutlich erhellet dies aus den Gesetzen, wenn man sich nämlich bloß an diese hält, und vor allen gewaltsamen Erklärungen zurückscheut [8]).

Vom pacto displicentiae nimmt Vinnius an, daß das Pfandrecht fortdaure, weil ein solches pactum keine conditionem resolutivam in sich fasse. Die Gesetze lehren ausdrücklich, daß das pactum displicentiae eine conditio resolutiva involvirt [9]), und das Pfandrecht dauert nicht ohne Unterschied fort; es dauert nur dann fort, wenn es der Käu-

7) L. 1. D. de lege com.

8) *L. 3. C. de pactis inter emtorem et vend.* Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. S. auch L. 4. pr. D. de lege com. und L. 6. §. 1. D. de contr. emt. Bei so bestimmten Aeusserungen, wie diese Gesetzstellen enthalten, kommen die L. 8. D. de lege com. und L. 4. C. de pactis inter emt. et vend., die das Gegentheil lehren sollen, wenig in Betrachtung, zumal die L. 3. C. cit. die Möglichkeit der Vindication, als Abweichung von der Regel, in einzelnen Fällen zugibt, und unter dem Ausdruck, dessen sich die L. 4. C. cit. bedient: *vindicationem rei eligere*, das bloße Zurückfordern der Sache vom Käufer gemeint seyn kann.

9) *L. 3. D. de contrah. emt.* Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta sit, constat, non esse sub conditione distractam, sed *resolvi* emtionem sub conditione.

fer war, der sich die Reue vorbehielt und von dem Reuerecht Gebrauch machte.

Es läßt sich dann auch in der That und wenn man jenen Unterschied genau prüft, und auf den letzten Grund des Aufhörens des Pfandrechts Rücksicht nimmt, den die ursprünglichen Vertheidiger jenes Unterschiedes und namentlich Voet als solchen anerkennen, und der darin besteht, daß Niemand mehr Recht auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat, kein hinlänglicher Grund zu solchem Unterschiede erkennen, und wenigstens läßt es sich sehr wohl rechtfertigen, wenn kein Unterschied statuirt wird, ob das Eigenthum ipso jure an den vorigen Eigenthümer zurückkehrt oder vermittelst einer Handlung des die Sache dem vorigen Eigenthümer zurückgebenden neuen Eigenthümers. Genug, daß der neue Eigenthümer nicht von freien Stücken, sondern vermöge einer gesetzlichen Nöthigung sein Eigenthum verliert und es an den vorigen Eigenthümer zurückgelangen lassen muß, und daß er schon vom Anfange seines Eigenthums her bedingt hierzu verbunden war, so daß er schon, als er das Pfandrecht constituirte, kein völlig freies Eigenthum besaß; wozu, wenigstens für manche Fälle, noch der besondre Grund kommt, daß er sich den Rückfall des Eigenthums als möglich denken, während der Erwerber des Pfandrechts die Lage desselben kennen mußte.

Von dieser Seite scheinen dann auch die römischen Juristen die Sache betrachtet zu haben. Nirgends findet sich in den Gesetzen eine Spur davon, daß es auf den Unterschied ankomme, ob das Eigenthum ipso jure an den vorigen Eigenthümer zurückfällt oder vermittelst einer Handlung des neuen Eigenthümers; vielmehr scheint es, daß die Gesetze

bloß darauf Rücksicht nehmen, ob das Eigenthum wider den Willen des neuen Eigenthümers, oder ob es mit seinem Willen ihm entzogen wird und nach diesem Unterschiede das in der Zwischenzeit constituirte Pfandrecht bald aufzuhören, bald fortzudauern. Gibt der neue Eigenthümer sein Eigenthum von freien Stücken auf, so kann das Pfandrecht nicht aufhören, weil es nicht von dem Willen des Schuldners abhängt, ob der Gläubiger diese Art von Sicherheit ferner noch genießen soll, — weil er nicht im Stande ist, dem Gläubiger das einmal erworbene Recht wieder zu entziehen, eben so wenig, als wenn er die Sache an jeden andern, als an den vorigen Eigenthümer veräussert.

In Gemäßheit dieser Grundsätze muß dann das Pfandrecht aufhören beim pacto addictionis in diem; imgleichen bei der lex commissoria, weil dem Käufer, der das Pfandrecht constituirte, die Sache wider seinen Willen entzogen wird. Es muß aber fortdauern beim pacto displicentiae, wenn es der Käufer ist, der davon Gebrauch macht, aus dem entgegengesetzten Grunde. Es muß ferner fortdauern, wenn die erkaufte Sache mit Hauptmängeln behaftet war, und der Käufer mit der actio redhibitoria auf Rescission des Handels dringt. Nach der gewöhnlichen Theorie, wenn sie consequent durchgeführt würde, müßte es vielmehr aufhören, da auch in diesem Fall der Handel wieder aufgelöst wird, so, als wäre er nie geschlossen [10]). Das ist aber nicht der Fall, und der Verkäufer kann nur begehren, vor der Zurückgabe

10) L. 23. §. 1. D. de aedilitio edicto. *L.* 23. §. 7. *D. eod.* Julianus ait: judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est, venditorem et emtorem quodammodo in integrum restituere debere. *L.* 60. *D. eod.* Facta red hibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emtio neque venditio intercessit.

gabe des Kaufgeldes, daß der Käufer die Sache von der Last des Pfandrechts wieder frei mache oder deshalb Caution leiste [11]).

Es ist Zeit, nun die Gesetzstellen, die über diese Materie handeln, selbst reden zu lassen. Es gehören hieher:

1) *L.* 4. §. 3. *D. de in diem addict.*

Sed et Marcellus libro quinto Digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset. Alioquin nec pignus teneret.

2) *L.* 3. *D. Quibus modis pignus.*

Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset: Marcellus libro quinto Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata. Quamquam, ubi res sic distracta est, nisi *emtori* displicuisset, pignus finiri non putet.

3) *L.* 4. *pr. D. Quibus modis pignus.*

Si debitor, cujus res pignori obligatae erant, servum, quem emerat, redhibuerit, an desinat Servianae locus esse? et magis est, ne desinat, nisi ex voluntate creditoris hoc factum est.

4) *L.* 43. §. 8. *D. de aedil. Edicto.*

Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fue-

11) S. auffer den im Text noch anzuführenden L. 3. et L. 4. D. Quibus modis pignus, und L. 43. §. 8. D. de aediled., auch L. 21. §. 1. D. eod.

rit servus. Quemadmodum si eum alienasset aut usumfructum ejus, non recte redhibetur, nisi redemtum sit aut pignore liberatum redhibeatur.

Die aufgestellten Grundsätze lassen sich noch auf manche andere Verträge anwenden, und namentlich auf das pactum de retrovendendo, und auf das pactum de retroemendo, und wie bei diesem, dem pacto de retroemendo, das Pfandrecht fortdauern würde, würde es hingegen bei jenem, dem pacto de retrovendendo, nach dem Rückkauf aufhören, da doch der Verkäufer, der sub pacto de retrovendendo verkaufte, nur ein persönliches Recht und eine persönliche Klage hat, um die Zurückgabe der verkauften Sache zu bewirken [12]), obgleich die Rechtsgelehrten die Fortdauer des Pfandrechts vertheidigen [13]).

Ebenso würde auch in dem Fall, da der Handel wegen Verletzung angefochten wird, zu unterscheiden seyn, ob dies von Seiten des Käufers geschieht, der die Sache zu theuer bezahlt, oder von Seiten des Verkäufers, der zu wenig dafür empfangen hat. In jenem Fall würde das Pfandrecht fortdauern, weil der Käufer, der das Pfandrecht constituirte, das Eigenthum durch einen Act seines Willens aufgibt; in diesem Fall würde es aufhören. Es würde aber in jenem Fall, da das Pfandrecht an sich fortdauert, der Verkäufer begehren können, daß der Käufer es dieser Last entledige, oder deshalb Caution leiste, grade wie bei der Redhibition. Wenn der Handel wegen Verletzung angefochten wird, so erkennt auch schon Voet [14]) den hier aufgestellten Unterschied, ob der Schuldner das Eigenthum von freien Stücken oder

12) L. 2. C. de pactis inter emt. et vend.

13) *A. Faber* Err. pragm. D. 22. E. 5. Westphal vom Kauf, Pacht u. s. w. §. 675.

14) a a. O. §. 9.

aus Zwang verliert, für richtig an. Er nimmt daher gleichfalls an, daß das Pfandrecht aufhöre, wenn der Handel von Seiten des Verkäufers angefochten wird. Nach seinen Grundsätzen hätte er dies freilich nie behaupten dürfen, indem in dem einen Fall, wie in dem andern, der Käufer an und für sich ein dominium perpetuum et irrevocabile erworben hat, und das Eigenthum nicht ipso jure an den Verkäufer zurückkehrt. Dies läugnet indessen Voet, aber aus einem Grunde, der die Prüfung nicht aushält, nämlich er sagt: der Kaufcontract erfordere, daß das pretium justum sey, und wegen Mangels dieses Erfordernisses habe der Käufer kein völliges und unwiderrufliches Eigenthum erworben. Als ob der Umstand, daß der Verkäufer die Sache unter ihrem Werthe verkauft hat, den Uebergang des Eigenthums hindern könnte, als ob nicht vielmehr der Handel an sich vollkommen gültig wäre, und nur das Rechtsmittel der Restitution dem Verkäufer aus der Noth hülfe! —

§. 45.

Fortsetzung.

Andre Arten, wie das Pfandrecht aufhören kann, obgleich die Hauptschuld fortdauert. Zuletzt, wie es nicht aufhört.

Das Pfandrecht hört ferner auf:

4) wenn der Gläubiger das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt [1]), ohne daß dies durch Universalsuccession des Schuldners geschieht, denn sonst würde der Fall

1) *L.* 20. §. 3. *D. de pign. act.* Interdum, etsi soluta sit pecunia, tamen pignoratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore.

nicht hierher, sondern zu dem ersten Hauptfall, wo wegen Tilgung der Hauptschuld das Pfandrecht per consequentiam erlischt, gehören. Erwirbt also der Gläubiger das Eigenthum der verpfändeten Sache titulo singulari vom Schuldner oder dessen Erben, — oder von einem Dritten, an welchen der Schuldner das Pfand veräussert hat, titulo singulari oder titulo universali, so kann freilich das Pfandrecht als ein jus in re *aliena* nicht länger fortdauern.

Bei dieser Gelegenheit ist eines Falls zu gedenken, dessen in der L. 9. pr. D. Quibus modis pignus Erwähnung geschieht.

Titius, heißt es hier, Sempronio fundum pignori dedit, et eundem fundum postea Gago Sejo pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gago Sejo fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quaero, an venditioni interposita jus pignoris exstinctum sit, ac per hoc jus solum emtionis apud ambos permanserit? Modestinus respondit: dominium ad eos, de quibus quaeritur, pertinere, cum consensum mutuo venditione dedisse proponantur, invicem pignoratitiam actionem eos non habere.

Der Schuldner hatte also einem Gläubiger die Sache in solidum, und darauf dieselbe Sache einem andern Gläubiger, ebenfalls in solidum, verpfändet; darauf verkauft er sie beiden, und zwar wiederum in solidum. Hier hörte das Pfandrecht beider auf; es frägt sich nur, auf welche Art? Westphal [2]) nimmt an, das Pfandrecht eines jeden der

2) Westphal im Pfandrecht, §. 242. Note 274.

beiden Käufer habe in Ansehung des eignen Antheils durch die Confusion, in Ansehung des Antheils des andern Mitinteressenten wegen der Einwilligung in die Veräusserung aufgehört. Diese Erklärung der Stelle ist nicht ganz genau. Vielmehr scheint der Sinn der Stelle zu seyn: Indem beide die Sache zusammen in solidum erkauften, hatte jeder (ipso facto) in den Verkauf der ganzen Sache an den andern eingewilligt. Das Pfandrecht eines jeden hörte daher schon durch den bloßen Verkauf, und zwar völlig auf, und keiner konnte gegen den andern mit der actio hypothecaria klagen.

Das Pfandrecht hört ferner

5) auf, wenn es nur auf einen gewissen Zeitraum bestellt, und dieser verstrichen ist [3]). Ebenso

6) wenn der Gläubiger, zum Behuf seiner Befriedigung, das Pfand verkauft, so erlischt das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers und derjenigen, die ihm nachstehen, wie bereits in der Lehre vom Verkauf des Pfandes bemerkt ist;

7) wenn der Gläubiger die verpfändete Sache mißbraucht, sie schlecht behandelt, so erlischt das Pfandrecht [4]), obwohl nicht ipso jure, sondern in der Art, daß die verpfändete Sache zurückgefordert werden kann;

8) wenn der Erbe die Erbschaft cum beneficio legis et inventarii antrat, so erlischt das Pfandrecht der Gläubiger des Verstorbenen an denjenigen Sachen, welche der Erbe zum Behuf der Tilgung der Erbschaftsschulden verkauft hat. Dasselbe gilt nicht, wenn der Erbe zur Erbschaft gehörige

3) L. 6. pr. D. Quibus modis pignus.

4) L. 24. §. 3. D. de pign. act.

Sachen nachstehenden Pfandgläubigern an Zahlungsstatt hingegeben hat [5]).

Nicht hört das Pfandrecht deshalb auf, wenn der Schuldner auf die Zurückgabe der Sache keine Ansprache macht, sich bereit erklärt, sie dem Gläubiger für die Schuld überlassen zu wollen [6]).

5) L. ult. §§. 5. 6. 8. C. de jure deliberandi.

6) *L.* 1. *C. de pign.* Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur. Das *nihilo magis* vertritt hier die Stelle einer gewöhnlichen Verneinung, und steht für: *non ideo magis*, wie es schon die Glosse richtig erklärt hat.

Sechster Abschnitt.

Von den Rechtsmitteln, die sich auf den Pfandnexus beziehen.

I.

Actio hypothecaria.

§. 46.

Begriff, Name.

Die actio hypothecaria ist diejenige dingliche [1]) Klage, welche aus dem Pfandrecht entspringt, und deren Zweck darauf gerichtet ist, das Pfandrecht gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache durch Abforderung des Besitzes geltend zu machen. Sie kömmt in den Gesetzen auch unter dem Namen actio quasi-Serviana [2]), und in der Materie des Pfandrechts unter der Benennung actio utilis vor, und zwar, wie es scheint, weil sie propter utilitatem, nach dem Beispiel der Reivindication, eingeführt ist [3]). Obgleich sie von der actio pignoratitia, als einer persönlichen Klage, sehr verschieden

1) L. 17. D. de pign. L. 18. C. eod.

2) §. 7. J. de act.

3) L. 16. D. de servitut. *MARANI* Opera lib. XX. tit. 1. p. 193. a.

ist, so werden die Namen actio hypothecaria und pignoratitia in den Gesetzen bisweilen verwechselt, und es wird der Ausdruck actio pignoratitia gebraucht, wenn die actio hypothecaria gemeint ist [4]).

Von der actio hypothecaria bemerkt Paulus:

De pignore jure honorario nascitur pacto actio [5]);

und Bachov tadelt ihn deshalb; die Klage entspringe nicht ex pacto, sondern ex edicto Praetoris; ein Vertrag könne nur ein persönliches Recht und eine persönliche Klage hervorbringen. Hingegen eine dingliche gehe aus keinem Vertrage und keinem Contract hervor. Die actio hypothecaria stehe auch demjenigen zu, dem die Sache durch den contractus pignoratitius verpfändet worden; deshalb würde Niemand sagen, sie entspringe aus diesem Contract. Itaque fatendum est, fährt er fort, ex pacto et contractu nasci obligationem pignoris; sed quod creditor persequi actione in rem, quod obligatum est, potest, hoc esse ex Edicto Praetoris [6]). Zuvörderst sagt Paulus nicht, daß die Klage bloß *ex pacto* entspringe, und nicht auch aus andern Gründen entstehen könne, auch ferner nicht, daß der Vertrag zu ihrer Hervorbringung hinlänglich sey, sondern:

de pignore *jure honorario* nascitur *pacto* actio;

doch durch dieses würde der Tadel Bachov's nicht entfernt werden. Man muß so sehr, wie Bachov, zum Tadel geneigt seyn, um in dem Ausspruche des Paulus etwas Tadelnswerthes zu finden. Das edictum Praetoris kann doch keine dingliche Klage hervorbringen, wenn nicht ein vermittelnder

4) L. 3. D. L. 22. D. de pign. L. 7. §. 12. D. Communi dividundo. L. 6. C. Si aliena res pign. Auch pignoratitia Serviana L. 3. §. 3. D. ad exh.

5) L. 17. §. 2. D. de pactis.

6) *Bachov* de pign. lib. 3. cap. 1. nr. 1.

Grund, namentlich Vertrag, in der Mitte liegt. Nur wenn die Frage entsteht, woher die Klage im römischen Rechte ihren Ursprung nahm, paßt die Antwort, die Bachov gibt, und auch nicht einmal ganz; vielmehr würde die Antwort seyn: die Serviana aus dem Edict des Prätors, die quasi-Serviana aus der Interpretation der Rechtsgelehrten [7]). Eine andere Frage ist, auf welchem Rechtsgrunde beruht die actio hypothecaria? Zunächst entspringt sie aus dem pacto hypothecae, aus dem contractus pignoratitius, aus dem Gesetz, was Jemandem die Sache verpfändet, kurz, ohne Rücksicht auf den Ursprung, aus dem Pfandrecht. Der letzte Grund ist freilich hier, wie in andern Fällen, das Gesetz, was aus den angegebenen Quellen das Recht entstehen läßt, und mit dem Rechte diese Klage verbindet.

§. 47.

Wem steht die Klage zu? — Gegen wen ist sie gerichtet? — Zeit der Anstellung.

Die Klage steht Jedem zu, der auf eine von den oben erwähnten Arten ein Pfandrecht erworben hat, und sich nicht im Besitz des Pfandes befindet; er mag nun diesen Besitz noch nie gehabt, oder ihn wieder verloren haben [1]). Nicht bloß dem Gläubiger selbst steht die Klage zu, sondern auch seinem Erben, und zwar, wenn der Erben mehrere sind, wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts, jedem in solidum [2]). Wenn die Sache mehreren nach einander verpfändet ist, so kann auch der nachstehende Gläubiger sich dieser Klage gegen

7) Westphal im Pfandrecht §. 262. in der Note.

1) L. 28. D. de pign. act.

2) L. 1. C. Si unus ex pluribus cred.

einen dritten Besitzer bedienen, obgleich das Pfandrecht des vorgehenden noch fortdauert. Der dritte Besitzer kann ihm nicht den Einwand machen, ein anderer Gläubiger habe ein älteres Pfandrecht an dieser Sache; dies würde in seinem Munde *exceptio de jure tertii* seyn. Hingegen gegen den vorgehenden findet die Klage nicht Statt; er ist durch den Einwand dagegen geschützt, ihm sey die Sache früher verpfändet [3]).

Gerichtet ist die Klage gegen den Besitzer der im Pfandnexus begriffenen Sache, es mag dies nun der Pfandschuldner selbst seyn, oder ein andrer Gläubiger, dem gleichfalls ein Pfandrecht zusteht, jedoch ein solches, was dem Pfandrecht des Klägers weichen muß [4]), oder ein Fremder, der gar nicht Gläubiger ist, z. B. einer, der die Sache, nach der Verpfändung, vom Schuldner erkaufte. Dem wirklichen Besitzer ist derjenige gleich zu achten, der in der Absicht, die Ansprache des Klägers zu vereiteln, sich des Besitzes entäussert hat, welcher in subsidium verbunden ist, statt der Sache selbst, den Werth derselben zu vergüten, so hoch ihn der Kläger durch das juramentum in litem schätzen wird [5]).

Damit der Gläubiger die actio hypothecaria anstellen könne, wird, nach der Lehre der Rechtsgelehrten, vorausgesetzt, daß der Schuldner in mora sey. Es gilt hier dasselbe, was von den Bedingungen des Verkaufs gesagt ist. Die Anstellbarkeit der actio hypothecaria steht unter denselben Bedingungen, wie die Ausübung des juris distrahendi. Die Schuld muß fällig seyn, und der Schuldner die Tilgung derselben widerrechtlich verschieben. Dann kann der Gläu-

3) L. 12. pr. et §. 7. D. qui pot. in pign. Westphal im Pfandrecht §. 149. Note 170.

4) L. 12. pr. et §. 7. D. qui pot. in pign.

5) L. 16. §. 3. D. dc pign.

biger die actio hypothecaria anstellen, wie er die Klage wegen der Hauptschuld anstellen kann; diese, um durch den Richter, jene, um durch Selbsthülfe zu seiner Befriedigung zu gelangen.

Allein, um zu diesem einfachen Satze zu gelangen, muß man sich erst wiederum durch Gebüsch und Dornen winden, nicht ohne Gefahr, zu straucheln oder den rechten Weg zu verfehlen. Es scheint nämlich, daß die alten römischen Rechtsgelehrten hier eine verschiedene Sprache führen; Ulpianus und Marcianus scheinen mit einander in Widerspruch zu stehen. Ulpianus lehrt:

L. 14. *pr. D. de pign.*

Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permitten dum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea, et ita Celsus scribit.

Hingegen lehrt Marcianus:

L. 5. §. 1. *D. quibus modis pignus vel hypotheca solv.*

Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse.

An Versuchen der Ausleger, beide Stellen zu vereinigen, hat es nicht, und auch nicht an offenbar mißlungenen, gefehlt. Bachov stellt eine gewagte Vermuthung neben der andern auf, ohne sich für eine zu entscheiden [5]). Neuere Rechtsgelehrte lehren, der Gläubiger könne auch schon in der Zwischenzeit, ehe die Schuld fällig geworden, die actio hypothecaria anstellen, wenn ihm daran gelegen sey, das Pfand zu besitzen, welches besonders dann der Fall sey, wenn

5) *BACHOV* de pign. lib. 3. cap. 13. §. 6.

er den Besitz des ihm eingegebenen Pfandes verloren habe [6]), wobei es dahin gestellt seyn mag, ob sie dieses aus sich selbst sagen, oder ob hier die alte Lehre der Glossographen sich nur bis zu ihnen fortgepflanzt hat. Denn schon die Glossographen lehrten, die Stelle des Ulpianus sey von solchen Fällen zu verstehen, da der Schuldner unsicher, und dem Gläubiger daran gelegen sey, das Pfand zu besitzen. Der erste gewesen zu seyn, dies gesagt zu haben (ein Umstand, auf welchen die Gelehrten einen so großen Werth legen, während es für die Wissenschaft gleichgültig ist), bringt in diesem Falle keine besondere Ehre. Ulpianus gibt dem Gläubiger die Klage nicht, wenn ihm in einzelnen Fällen daran gelegen ist, das Pfand zu besitzen, sondern weil ihm daran gelegen ist, und die Worte: *quia interest mea* enthalten, wie auch bereits früher bemerkt worden, nicht die Bedingung, sondern den Grund des aufgestellten Satzes [7]).

Man muß den Satz, die actio hypothecaria setze widerrechtliches Verschieben der Zahlung voraus, entweder ganz läugnen, oder die einzig mögliche Erklärung der Stelle des Ulpianus annehmen, wodurch sie mit der Stelle des Marcianus in Einklang zu bringen ist. Von dieser Erklärung wird hernach die Rede seyn. Für jetzt ist zu bemerken: Es sind die Gründe überwiegend, anzunehmen, daß der Gläubiger die Klage erst anstellen könne, wenn die Schuld fällig ist und der Gläubiger, sie zu tilgen, widerrechtlich verschiebt. Denn

1) bedarf es einer besondern Veranlassung und eines besondern Grundes, wenn der Gläubiger in der Folge for-

6) *Erxleben* princ. de jure pign. §. 309. *Guenther* princ. jur. rom. §. 696.

7) S. meine Abhandlung über die Schuldverbindlichkeit §. 4. Note 2.

dern darf, was ihm zu Anfange nicht bewilligt ward, nämlich den Besitz der Sache;

2) spricht dafür die Lehre des Marcianus, wonach Stundung in Ansehung der Hauptschuld auch Stundung in Ansehung der Hypothek zur Folge hat;

3) wird sie bestätigt durch folgende Stelle, wonach, ehe der Gläubiger die actio hypothecaria anstellen kann, der Schuldner gemahnt werden muß, in Fällen, wo es der Interpellation bedarf, um ihn in moram zu versetzen.

L. 10. *C. de pign.*

Debitores praesentes prius denunciationibus conveniendi sunt. Igitur si convenienti debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus, rector provinciae auctoritatis suae auxilium impartiri non dubitabit [8]).

Es bleibt nur noch übrig zu sagen, wie die Stelle des Ulpianus zu erklären sey, damit kein Widerspruch sey zwischen ihm und Marcianus u. s. w. Auf diese einfache Art. Während Marcianus von der Hypothek redet, spricht Ulpianus vom *pignus* in sensu strictiori [9]). Diese

8) Sie wird auch bestätigt durch des *THEOPHILUS* paraphr. §. 7. J. de actb. — Es frägt sich nur, ob das, was (nach dem, was im Texte gesagt ist) von der actio hypothecaria gilt, auch auf die persönliche Klage anwendbar sey, welche derjenige, dem ein nomen verpfändet ist, gegen den Schuldner seines Schuldners anstellen darf. Daran ist billig zu zweifeln, indem sonst — vorausgesetzt, daß fällig ist, was der Dritte dem Schuldner schuldig ist — dieser Dritte in der Zwischenzeit (nämlich bis dahin, daß auch die Forderung des Pfandgläubigers fällig wird) von aller Ansprache befreit seyn und gegen die Regel des Rechts durch den Vertrag dritter Personen einen Vortheil erlangen würde, auf den er keine Ansprache zu machen hat.

9) S. *GOTOFREDI* not. ad L.

Auslegung empfiehlt sich um so mehr als richtig, da die Bedeutung, worin Ulpianus das Wort *pignus* hiernach gebraucht hat, grade die ursprüngliche und eigentliche ist [10]), so daß aller Widerspruch bloß dadurch verschwindet, daß man annimmt, Ulpianus habe sich grade des treffenden Ausdrucks bedient.

Daraus sehen wir zugleich, wie obige Lehre, vermöge dieser Stelle des Ulpianus, eine Einschränkung leide. Wem die Sache durch den Pfandcontract hingegeben ist, der darf, wenn er den Besitz verloren hat, zur Wiedererlangung desselben der actio hypothecaria sich bedienen, auch wenn die Schuld noch nicht fällig ist. Auf ihn bezieht es sich, was Ulpianus lehrt: *quia interest mea.* Nämlich, weil er für die Sache verantwortlich ist, so ist ihm daran gelegen, den Besitz wieder zu erlangen, ohne Unterschied, ob die Schuld fällig ist oder nicht. Den Besitz zu erlangen, daran ist jedem Pfandgläubiger gelegen; aber ihn wieder zu erlangen, wenn er ihn verloren hat, ehe denn die Schuld fällig geworden, wovon hier nur die Rede ist, daran ist dem Gläubiger gelegen, dem die Sache nicht bloß verpfändet, sondern zum Pfande hingegeben ist.

§. 48.

Zweck der Klage.

Die Klage hat den Zweck, dem Kläger den Besitz des Pfandes zu verschaffen, damit die Sicherheit, die ihm die Sache gewähren soll, vollkommen sey, und die Ausübung des juris distrahendi erleichtert werde [1]). Der Kläger bit-

14 cit.; imgl. *OTTO* thesaur. jur. civ. tom. 2. p. 481.

10) §. 8. I. de act. L. 238. §. 1. D. de V. Sign. L. 1. §. 9. D. de pign. act.

1) L. 14. C. de distr. pign.

tet daher den Richter, zu erkennen, daß ihm ein Pfandrecht an der Sache zustehe, und daß der Beklagte angehalten werde, ihm die Sache mit allen Accessionen herauszugeben.

Was die Früchte betrifft, so können sie, wie aus Dem, was früher vorgekommen, erhellet, überhaupt auf dreierlei Art dem Pfandrecht unterworfen werden. Sie können, wenn die fruchttragende Sache verpfändet wird, ausdrücklich mit verpfändet werden; sie sind schon von Rechtswegen als mitverpfändet anzusehen, denn sie sind, nachdem sie sich aus der Hauptsache erzeugt haben, Theile derselben; als Erzeugnisse der Hauptsache fallen sie unter das Pfandrecht, sobald sie entstanden sind, und dieses, nachdem es einmal entstanden ist, hört durch die Trennung von der Hauptsache nicht auf; sie können auch ohne die fruchttragende Sache, also nicht bloß als Nebensache, sondern principaliter verpfändet werden. Gewöhnlich werden sie nur als Nebensache und nicht ausdrücklich mitverpfändet. Wenn nun gleich die Früchte schon von selbst als mitverpfändet anzusehen sind, so ist doch dem Verpfänder damit das Recht nicht entzogen, seine Sache zu benutzen, die Früchte aufzuzehren und zu verkaufen; seine Sicherheit hat der Gläubiger nur an den zur Zeit, wenn er das Pfandrecht geltend machen will, noch vorhandenen Früchten [2]). Sollen aber die Früchte dem Pfandrecht unterworfen seyn, so wird vorausgesetzt, daß der Verpfänder die Sache nicht etwa in der Zwischenzeit veräussert hat, ehe denn die Früchte gewachsen sind [3]). Auf Früchte, welche die Sache

2) *Bachov* de pign. lib. 2. cap. 10. Westphal im Pfandrecht §. 17. Selbst bei einer ausdrücklichen Verpfändung der Früchte kann der Schuldner, wie Bachov lehrt, so viel, als er in seiner Haushaltung nöthig hat, verbrauchen. De pign. lib. 2. cap. 11. nr. 2.

3) *L.* 29. §. 1. *D. de pign.* Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex

beim neuen Erwerber hervorbrachte, hat der Gläubiger *jure pignoris* keine Ansprache.

Dies vorangeschickt, bemerken wir nun über Zuerkennung von Früchten bei der actio hypothecaria Folgendes:

Dem Kläger werden, nach Grundsätzen des römischen Rechts, schon *officio judicis*, ausser der Hauptsache, auch Früchte, und zwar solche, welche seit dem Anfang des Processes gewonnen sind, doch nicht unter allen Umständen, zuerkannt; der Richter nimmt nämlich Rücksicht darauf, ob nicht etwa die Hauptsache zu seiner Befriedigung schon hinlänglich ist. Nur soweit sie es nicht ist, werden ihm Früchte zuerkannt. Unter gleicher Voraussetzung kann der Kläger auch begehren, daß ihm diejenigen Früchte ausgeliefert werden, welche vor dem Anfang des Processes gewonnen und bei dem Beklagten noch in natura vorhanden sind [4]). Die Früchte, welche seit dem Anfang des Processes gewonnen sind, gebühren dem Kläger auch unabhängig vom Pfandrecht; denn selbst bei persönlichen Klagen werden sie dem Kläger zuerkannt, nach dem Grundsatz des römischen Rechts, daß die Sache, wenn sie dem Kläger zuerkannt wird, in dem Zu-

his nata sunt, eodem jure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non: ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenerit, qui obligavit, vel heredem ejus. Ceterum, si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. L. 1. §. 2. D. eod.

4) *L.* 16. §. 4. *D. de pign.* Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent, et res non sufficit. Die Rücksicht, welche nach dieser letztern Stelle darauf zu nehmen ist, ob nicht vielleicht die Hauptsache allein schon hinlänglich sey zur Tilgung der Schuld, erklärt sich aus der Natur der

Zustande auszuliefern ist, worin sie sich zu Anfang des Processes befindet [5]).

Auf die Früchte bezieht sich folgende wichtige Stelle:

L. 1. §. 2. *D. de pign.*

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit, eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur, quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

Die Stelle handelt von dem Fall, da der Pfandschuldner eine Sache an einen Dritten veräussert, die er zuvor seinem Gläubiger ausdrücklich mit den Früchten verpfändet hatte. Hat dieser Dritte die Früchte bona fide verbraucht, so ist er derentwegen nicht verantwortlich. Die bona fides besteht hier ohne Zweifel darin, daß er nicht davon unterrichtet war, daß die Früchte ausdrücklich mit verpfändet waren. Es versteht sich freilich von selbst, daß an fructibus consumtis kein Pfandrecht bestehen kann; allein er kann auch nicht mit einer actio hypothecaria *utilis* auf Vergütung des Werths belangt werden. Der Rechtsgelehrte wirft sich sodann einen Zweifel auf. Das Pfandrecht, sagt er, erlischt ja nicht, wenn der Besitzer durch Verjährung das Eigenthum erwirbt; wie kann es dann — will er sagen und behält es in Gedanken — durch die *consumtio*

actio hypothecaria als einer actio arbitraria. *BACHOV* de pign. lib. 3. c. 13. nr. 4.

men contestatam causa praestetur, cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet, ac propterea captos fructus partumque editum restitui oportet.

5) *L.* 2. *D. de usuris.* Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem ta-

erlöschen? Aber, setzt er hinzu, bei Früchten ist das ein ganz verschiedener Fall, als welche, weil sie erst bei dem Besitzer, an welchen der Eigenthümer die Sache veräussert hat, gewachsen sind, niemals im Eigenthum des Verpfänders gewesen und folglich auch nicht im Pfandverbande sind.

Manche verstehen diese Stelle von einem dritten redlichen Besitzer, der die Sache von einem Nichteigenthümer erkauft hat, wie Paul von Buysen [6]); allein, daß sie von einem solchen Besitzer spricht, an den der Verpfänder die Sache veräussert hat, dafür sprechen zwei triftige Gründe. Der römische Rechtsgelehrte erwähnt nicht der Usucapion, er spricht nur von fructibus *consumtis*, nicht von *usucaptis*. Warum dies? Eben weil der Schuldner und Eigenthümer die Sache an den dritten Besitzer verkauft hatte, und also von keiner Usucapion die Rede seyn konnte. Zweitens konnte von Früchten, die ein dritter, wiewohl redlicher Besitzer, der die Sache vom Nichteigenthümer erkauft hatte, gewann, nicht so gradezu gesagt werden: Nunquam debitoris fuerunt. Sie gehörten dem Schuldner als Eigenthümer der Hauptsache wenigstens solange, als sie noch mit der Hauptsache vereinigt waren; und auch nach der Perception konnten sie, insofern sie noch in der Natur vorhanden waren, dem Besitzer, so wie jure dominii vom Eigenthümer, also jure pignoris vom Pfandgläubiger abgefordert werden. Nur wenn die Früchte ein Andrer, an welchen der Eigenthümer die Sache veräussert hatte, der also selbst

6) Ad legem 1. D. de pign. Es ist in der Stelle gar nicht die Rede von einem *bonae fidei emtor*, sondern von einem emtor, welcher *bona fide* Früchte verzehrt hat. Hingegen scheint Bachov de pign. lib. 2. tit. XI. nr. 3. die Stelle von einem Käufer, der die Sache vom Verpfänder erkaufte, zu verstehen.

Eigenthümer der Hauptsache geworden war, gewann, nur dann gehörten sie dem Eigenthümer nicht [7]).

Die Stelle handelt dabei, wie gesagt, nur von dem Fall, da, bei Verpfändung der Hauptsache, die Früchte ausdrücklich mit verpfändet sind. Zwar scheint es, dieser Umstand sey gleichgültig und nicht geschickt, den Rechtssatz zu verändern. Denn da die Früchte von selbst mit verpfändet sind, was kann es für einen Unterschied machen, ob sie noch ausdrücklich mit verpfändet werden? Auch hegt Westphal die Meinung, der römische Rechtsgelehrte habe der ausdrücklichen Verpfändung der Früchte nicht als eines erheblichen Umstandes, sondern bloß deshalb erwähnt, weil der Zweifel, ob das Pfandrecht auf die schon verzehrten Früchte zu beziehen, in diesem Fall stärker gewesen, als in dem entgegengesetzten [8]). Andre glauben, daß die ausdrückliche Verpfändung der Früchte ein Umstand sey, welcher in's Gewicht falle, ja den Ausschlag gebe; sie stellen nämlich die Meinung auf, daß überhaupt nicht alle, sondern nur diejenigen Früchte tacite mit verpfändet sind, welche der Verpfänder oder sein Erbe gewinnt. Früchte hingegen, die ein dritter Besitzer gewonnen hat, sollen nur Gegenstand des Pfandrechts seyn, wenn sie ausdrücklich mit verpfändet sind [9]). Allein, diese Meinung ist ganz unhaltbar. Sie bedarf aber nach dem Vorhergehenden keiner Widerlegung. Früchte, die ein dritter Besitzer, an welchen der Verpfänder die Sache veräussert hat,

7) Heißt es doch auch von den Kindern verpfändeter Sclavinnen: Caeterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata, L. 29. §. 1. D. de pign.

8) Westphal im Pfandrecht §. 17. Not. 33.

9) *CUJAC.* comment. in libr. XI. respons. Papiniani ad leg. 1. §. 2. D. de pign. *SCHULTING* jurispr. Antejust. ad Pauli sent. rec. lib. 2. tit. 5. §. 2. not. 8.

gewonnen hat, sind selbst dann nicht mit verpfändet, wenn auch bei der Verpfändung die Früchte ausdrücklich mit verpfändet sind, wie ja auch die Stelle selbst deutlich genug zu erkennen gibt. Bei allem dem ist doch soviel richtig, daß der römische Rechtsgelehrte nur von einer ausdrücklichen Verpfändung der Früchte handeln wollte, und seine Lehre auf nicht ausdrücklich verpfändete nicht zu beziehen sey. Es läßt sich wenigstens nicht mit Sicherheit annehmen, daß der ausdrücklichen Verpfändung der Früchte, wiewohl sie zunächst dem Rechtsfall angehört, umsonst Erwähnung geschehen sey. Vielleicht erwog er, daß einer, welcher das Grundstück ausdrücklich mit den Früchten verpfändet und also dem Gläubiger zu seiner Sicherheit auf die Früchte namentlich Anweisung gibt, unerlaubt oder wenigstens unredlich handelt, wenn er durch Veräusserung des Grundstücks unmöglich macht, daß Früchte für ihn entstehen, und dem Gläubiger Sicherheit gewähren können [10]).

Aus den Stellen ist mit Bachov [11]) noch Manches zu schließen, 1) daß, wenn die Früchte *mala fide* verzehrt sind, eine actio hypothecaria *utilis* gegen den Käufer statt finde. Das stimmt zwar nicht mit dem Schlußsatz überein, wornach die Früchte, die der Käufer gewann, dem Verpfänder niemals gehört und also auch niemals im Pfandverbande sich befunden haben, ist aber nichtsdestoweniger für richtig zu halten; ferner

2) daß, da der Rechtsgelehrte nur von fructibus *consumtis* spricht, der Gläubiger begehren könne, daß, auser der Hauptsache, die fructus percepti et exstantes an ihn

10) Aehnliche Ideen hegt auch *Bachov* de pign. lib. 2. cap. XI. nr. 5.

11) De pign. lib. 2. cap. XI. nr. 4. seq.

ausgeliefert werden. Was ebenfalls mit dem Schlußsatz in Widerspruch steht [12]).

Dies also ist der Sinn und Inhalt jener schwierigen Stelle des Papinianus; je kürzer sie ist, desto mehr war nöthig, darüber zu sagen. Die Gedanken des Rechtsgelehrten gehen nicht sowohl, sie springen vielmehr über Lücken hinweg; das Meiste verschweigt er und läßt es errathen.

Soviel auch von den Früchten.

Wird die Klage gegen den Schuldner selbst angestellt, so kann der Kläger mit der actio hypothecaria die persönliche Klage gegen den Schuldner verbinden, und sein Gesuch darauf richten, daß der Beklagte angehalten werde, ihm die Schuld zu bezahlen, oder das Pfand herauszugeben. Die actio hypethecaria an und für sich kann aber ein solches Gesuch nicht rechtfertigen; daher ist es gegen den dritten Besitzer verwerflich, wiewohl dieser Dritte, gleich dem Schuldner, die Befugniß hat, sich durch Bezahlung der Schuld von der actio hypothecaria frei zu machen [13]).

Wird der Beklagte zur Restitution verurtheilt, und leistet dem Urtheil nicht Folge, so wird ihm die Sache auf Befehl des Gerichts durch den Executor (manu militari) abgenommen. Wenn aber dieses Mittel nicht anwendbar oder ohne Erfolg ist, etwa weil der Beklagte, nachdem er zur Restitution verurtheilt worden, sich vorsätzlich des Besitzes entäussert und sich dadurch unfähig gemacht hat, dem richterlichen Urtheil Folge zu leisten, so ist er verbunden, den Preis der Sache zu vergüten, und der Kläger berechtigt, den Preis der Sache durch das juramentum in litem zu bestimmen,

12) Bachov l. c. räumt dem Gläubiger in diesem Fall wegen der Früchte ebenfalls eine actio hypothecaria utilis ein. —

13) L. 16. §. 3. D. de pign.

oder m. a. W. er ist berechtigt, das Quantum, wofür ihm die Sache feil gewesen wäre, — die Größe des Preises, unter dem er die Sache nicht verkauft haben würde, wäre er Eigenthümer gewesen, — eidlich anzugeben, ohne hierbei auf den wahren Werth der Sache beschränkt, noch überhaupt an andre Schranken gebunden zu seyn, als diejenigen seines Bewußtseyns (die Function des Richters in Ansehung der Mäßigung des durch den Eid zu bestimmenden Preises bei Seite gesetzt). So ist es doch wohl zu verstehen, wenn die Gesetze dem Kläger erlauben, ob dolum vel contumaciam non restituentis *in infinitum* in litem zu schwören. Denn bei einer ganz willkührlichen Preisbestimmung, wozu bedürfte es des Eides?

Hat der Kläger auf solche Art, statt der Sache selbst, den Preis derselben erhalten, so rechnet er ihn auf seine Forderung ab, und kann, nachdem er auf eine solche Art befriedigt worden, gegen den Schuldner mit der persönlichen Klage nicht weiter klagen; wenigstens würde ihm exceptio doli entgegenstehen [14]). Er ist auch verpflichtet, den etwa vorhandenen Ueberschuß dem Schuldner herauszugeben, ebenso wie er, beim Verkauf des Pfandes, die hyperocha herauszugeben verbunden ist. Die Schätzung durch das juramentum in litem enthält nämlich einen Verkauf der Sache, wozu der dolus oder die contumacia des Beklagten den Kläger genöthigt hat [15]). Das Pfandrecht eines nachstehenden

14) L. 8. §. 19. D. Quibus modis pignus.

15) *L.* 1. *D. Pro emtore.* Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere. *L.* 3. *eod.* Litis aestimatio similis est emtioni. Klagt der Schuldner als Eigenthümer gegen den dritten Besitzer, der litis aestimationem bezahlt hat, auf Herausgabe der Sache, so wird er mit einer Einrede zurückgewiesen, falls er nicht bereit ist, das von diesem Bezahlte zu erstatten. *L.* 28. *D. de pign. act.* Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa

Pfandgläubigers erlischt deshalb aber nicht, auch tritt der Beklagte nicht an die Stelle des abgefundenen Gläubigers, was nur in Folge einer Cession der Rechte des Letzteren auf den Erstern geschehen könnte, auf welche der Beklagte aber, wegen seines dolus oder seiner contumacia, keine Ansprache machen kann [16]).

Ruht die Unmöglichkeit der Restitution bloß in der culpa des Beklagten, so findet eine Preisbestimmung durch das juramentum in litem nicht statt, und der Beklagte ist nur verbunden, id, quod actoris interest, zu vergüten, wodurch also der Affectionswerth ausgeschlossen ist [17]).

Auch der Schuldner, der, mit der actio hypothecaria belangt, die verpfändete Sache nicht herausgibt — denn bisher war von dem dritten Besitzer die Rede —, muß id, quod interest, vergüten; doch kann sich die Entschädigungssumme nicht höher belaufen, als die Summe dessen, was der Gläubiger von dem Schuldner zu fordern hat [18]). Chirographarische Forderungen, wofür der Gläubiger, wäre er zum Besitz des Pfandes gelangt, das Pfand hätte zurückbehalten dürfen, sind dadurch natürlich nicht ausgeschlossen.

§. 49.

Von dem Beweise, den der Kläger zu führen hat.

Der Kläger gründet seine Klage auf ein an der in Ansprache genommenen Sache ihm zustehendes Pfandrecht. Er

ejus possessione, Serviana actione petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor, eandem rem petens, exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.

16) L. 12. §. 1. D. Qui pot. in pign. L. 69. D. de rei vind.

17) L. 68. D. de rei vind. L. 2. §. 1. de in litem jur.

18) L. 21. §. 3. D. de pign.

muß daher, wenn es bestritten wird, im Allgemeinen beweisen, daß ihm ein Pfandrecht zustehe, und, was conditio sine qua non der gegen diesen Beklagten anzustellenden actio hypothecaria ist, daß der Beklagte die verpfändete Sache besitze.

Den Beweis des ihm zustehenden Pfandrechts führt der Kläger, wenn er das Vorhandenseyn eines solchen Vorgangs zeigt, welcher den Erwerb eines Pfandrechts zu vermitteln den Gesetzen zufolge tauglich ist.

Die gewöhnlichste Art des Erwerbs eines Pfandrechts ist die, da das Pfandrecht durch den erklärten Willen desjenigen seinen Ursprung nimmt, dessen Güter dem Pfandnexus unterworfen werden, und dieses pignus voluntarium ist es, was die Lehrbücher ausschließlich vor Augen haben, wenn sie von dem bei der actio hypothecaria zu führenden Beweise handeln. Sie unterscheiden dann, ob die Klage gegen den Verpfänder und dessen Erben, — oder ob sie gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt wird.

Wir wollen zuerst den zweiten Fall betrachten. Wird also 1) die Klage gegen den dritten Besitzer angestellt, so muß der Kläger beweisen, a) das factum oppignorationis, oder daß der Schuldner ihm die Sache zu seiner Sicherheit angewiesen; b) daß er durch diese Handlung wirklich ein Pfandrecht erlangt habe. Dazu gehört nun, daß er erweist, daß der Schuldner die verpfändete Sache, und zwar zur Zeit der Verpfändung, in bonis gehabt habe.

Nun wissen wir aber aus demjenigen, was über die Entstehung des pignoris voluntarii gelehrt ist (s. §. 12.), daß es Fälle gibt, in welchen auch durch die Verpfändung von Seiten eines Nicht-Eigenthümers ein gegenwärtiges

Pfandrecht entsteht. Dies war der Fall, wenn der wahre Eigenthümer seine Zustimmung ertheilte, — wenn er ein betrügliches Stillschweigen beobachtete, — wenn er dem Verpfänder die Sache verpfändet hatte. In Fällen dieser Art kann freilich von einem Beweise, daß der Verpfänder selbst die Sache in bonis gehabt habe, die Rede nicht seyn. Statt dessen wird der Kläger zu beweisen haben, theils, daß derjenige, welcher für den wahren Eigenthümer ausgegeben wird, die Sache in bonis gehabt, theils daß dieser seine Zustimmung ertheilt, — ein betrügliches Stillschweigen beobachtet, — dem Verpfänder die Sache verpfändet gehabt habe.

L. 23. *D. de probat.*

Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit; sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit.

Weiter wissen wir, daß Jemand sein künftiges Vermögen überhaupt verpfänden kann, daß die bona futura auch schon von Rechtswegen in der allgemeinen Verpfändung begriffen sind; ferner, daß Jemand auch einzelne bestimmte Sachen unter der Bedingung, daß sie ihm dereinst gehören werden, seinem Gläubiger zur Sicherheit anweisen darf u. s. w. Bei einer Verpfändung dieser Art braucht der Kläger freilich auch nicht zu beweisen, daß das Object, was er in Anspruche nimmt, dem Schuldner schon zur Zeit der Verpfändung gehört habe; es ist genug, wenn er beweist, daß er in der Folge das Eigenthum der von ihm im Voraus verpfändeten Sache erlangt, daß sie in der Folge angefangen habe, bei ihm in bonis zu seyn.

L. 15. §. 1. *D. de pign.*

Quod dicitur, creditorem probare debere, *cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse,* ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

Eben dies wird nun auch in dem Fall gelten, wenn Jemand eine fremde Sache unbedingt verpfändete, das Pfandrecht in der Folge gültig wird, weil der Verpfänder in der Folge Eigenthümer ward und der Gläubiger über die Qualität der Sache in Unwissenheit gewesen war. In einem solchen Fall ist zwar nicht actio hypothecaria directa, sondern utilis begründet; indessen sind beide nur dem Namen nach verschieden.

Der Grund, weshalb der Kläger beweisen muß, daß die Sache dem Verpfänder zur Zeit der Verpfändung gehört habe — oder doch in der Folge die seinige geworden sey —, ist am Ende derselbe, weshalb derjenige, welcher mit der Eigenthumsklage klagt, das dominium auctoris beweisen muß, nämlich daß Niemand dem Andern Rechte einräumen kann, die ihm selbst nicht zustehen. Daher muß der Vindicant beweisen, daß sein Gewährsmann Eigenthümer gewesen sey, daher der Gläubiger, daß dem Verpfänder die Sache gehört habe. Es liegt hier immer dieselbe Regel zum Grunde. Wer ein Recht geltend machen will, was er von einem Andern ableitet, muß beweisen, daß der Andre das Recht wirklich erworben habe [1]).

1) S. Meine Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien 2r Thl. S. 440 folg.

Doch ist es grade nicht nothwendig, daß der Pfandgläubiger den strengen Beweis des Eigenthums, wie ihn die Reivindication erfordert, führe, sondern es ist an dem leichtern Beweise genug — selbst wenn der Verpfänder wahrer Eigenthümer war —, daß derselbe sich in conditione usucapiendi befunden, oder die Sache justo titulo an sich gebracht habe. Dies setzt indessen voraus, daß der dritte Besitzer entweder gar kein Recht auf den Besitz hat, oder doch ein schwächeres, als der Verpfänder, daß er also ein solcher ist, gegen welchen der Verpfänder, hätte er sich gegen ihn der actio in rem Publiciana bedient, den Sieg davon getragen haben würde.

L. 18. *D. de pignor.*

Si ab eo, qui Publiciana potuit uti, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

Ausser dem zu führenden Beweise des ihm zustehenden Pfandrechts hat der Kläger dann noch nebenher oder vielmehr vorher darzuthun, wenn der Beklagte es bestreiten sollte, daß dieser sich im Besitz der verpfändeten Sache befinde.

Wenn aber 2) die Klage gegen den Verpfänder oder dessen Erben angestellt wird, so ist es genug, wenn der Kläger das bloße factum oppignorationis und den Besitz der Sache bei dem Beklagten erweist. Dagegen hat er nicht nöthig, darzuthun, daß der Kläger die verpfändete Sache tempore oppignorationis in bonis gehabt habe. An der Richtigkeit dieses Satzes hat Anton Faber [2]) gezweifelt, und es ließe sich auch daran zweifeln, wenn man erwägt,

2) Err. Pragm. Dec. 63. E. 1.

daß durch die Verpfändung einer res aliena kein Pfandrecht entsteht, und die actio hypothecaria aus dem Pfandrecht entspringt. Faber indessen zweifelte daran, oder suchte vielmehr das Gegentheil zu erweisen, indem er sich auf die Gesetze berief, die, wenn sie vom Beweise des Eigenthums bei der hypothekarischen Klage handeln, keinen Unterschied statuiren. Um ihn zu widerlegen, beruft Westphal [3]) sich auf die L. 21. §. 1. D. de pign., wo es heißt:

Si debitor servum, quem a non-domino bona fide emerat et pignoravit, teneat, Servianae locus est; et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet; et ita Julianus ait, et habet rationem.

Die Stelle spricht vom prätorischen Eigenthümer, der an der Sache ein Pfandrecht constituirt hat und dem, wenn er selbst mit der actio hypothecaria vom Gläubiger in Anspruch genommen wird und sich des Einwandes bedient, er sey nicht (wahrer) Eigenthümer gewesen, die Replicatio doli entgegenstehen soll. Die Stelle beweist nichts für die gewöhnliche Meinung, wiewohl sie auch nichts dagegen beweist. Damit sie etwas beweise, nimmt Westphal an, der bona fides des Verpfänders geschehe deshalb nur Erwähnung, um dadurch auf die eigne bona fides des klagenden Gläubigers hinzudeuten, und unter der Voraussetzung der bona fides auf Seiten des Gläubigers sey es gleichgültig, ob der Verpfänder in bona oder in mala fide gewesen. In der That eine sehr gewagte Vermuthung, — deren es zum Glück so wenig, als der ganzen Stelle bedarf, um einen Satz zu beweisen, der an sich für richtig zu halten ist, wenn er auch aus schwachen Gründen vertheidigt ward. Durch die Verpfändung

3) Im Pfandrecht, §. 270. Note 300.

einer fremden Sache entsteht zwar kein Pfandrecht; aber wenn der Verpfänder selbst aus dieser Handlung belangt wird, so muß er sie gegen sich gelten lassen, so, als wäre wirklich ein Pfandrecht dadurch entstanden. Er kann der actio hypothecaria nicht den Einwand entgegensetzen, er sey nicht Eigenthümer und also nicht befugt gewesen, ein Pfandrecht zu constituiren, — weil er sein eignes Factum nicht anfechten kann. Daher bedarf es denn auch des Beweises nicht, der Verpfänder habe die Sache tempore oppignorationis in bonis gehabt. Damit ist aber noch gar nicht gesagt, daß der Gläubiger, wenn er eine Sache verfolgt, deren Eigenthum der Verpfänder erst nach der Verpfändung erworben hat, nicht sollte beweisen müssen, daß sie ihm jetzt gehöre.

Manche nehmen auch an, der Gläubiger, der gegen den Verpfänder selbst mit der actio hypothecaria klagt, habe nicht nöthig, zu beweisen, daß der Beklagte das Pfand besitze, weil der Besitz der Hypothek beim Schuldner vermuthet werde, bis er selbst das Gegentheil erweise. Dahin gehören z. B. Westphal [4]), Kind [5]), Günther [6]). Allein diese Vermuthung gründet sich auf nichts als allenfalls auf die Schriften der angeführten Rechtsgelehrten, und nur soviel läßt sich behaupten, daß der Kläger vom Beweise frei sey, wenn der Beklagte zugesteht, daß er ehemals, z. B. zur Zeit der Verpfändung, die Sache besessen habe, indem der Besitz dann als fortdauernd anzunehmen ist, bis der Verlust des Besitzes und also die Veränderung des vormaligen Zustandes vom Beklagten erwiesen wird [7]). Daß der Kläger dann beweisen müsse, der Beklagte sey im Besitz, wenn ihm die Sache zum Pfande übergeben ward, und er den Besitz derselben wieder

4) a. a. O. §. 270.
5) Qu. for. Tit. 1. cap. 49.
6) Princ. jur. Rom. §. 698.
7) Arg. L. 16. C. de probat.

verloren hat, in dem der Beklagte sich gegenwärtig befindet, kann vollends keinen Zweifel leiden.

Um wieder zu dem ersten Fall zurückzukehren, da nämlich der dritte Besitzer mit der actio hypothecaria in Ansprache genommen wird, so kann es seyn, daß dieser dritte Besitzer ein Gläubiger ist, welcher behauptet, ihm stehe selbst ein Pfandrecht an der Sache zu. In diesem Falle nun muß der Kläger beweisen, daß ihm ein vorzüglicheres Pfandrecht an der Sache zustehe, z. B. daß sein Pfandrecht älter sey. Zwar dieser Umstand gehört grade nicht zum fundamento agendi, er gehört aber zum Fundament der Replik des Klägers.

L. 12. *pr. D. Qui pot. in pign.*

Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est: Si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata, sive alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat: Si non convenit, ut sibi res sit obligata, hic in modum supra relatum replicabit: Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

Dagegen hat er in diesem Fall nicht nöthig, zu beweisen, daß der Verpfänder die Sache zur Zeit der Verpfändung in bonis gehabt habe. Dies setzt jedoch voraus, daß beide ihr Pfandrecht von demselben Constituenten ableiten. Denn, wenn der Verpfänder auch nicht Eigenthümer war, so würde der Kläger, unter dieser Voraussetzung, doch immer dem Beklagten vorgehen.

L. 14. *D. Qui pot. in pign.*

Si non-dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est. Quamvis si a diversis non-dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

Die Stelle iſt ſehr merkwürdig. Wir wollen damit zuſammenſtellen:

L. 9. §. 4. *D. de Publ. in rem act.*

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Julianus libro VII. Digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non-domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quodsi a diversis non-dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est.

Der Ausſpruch des Paulus in L. 14. D. Qui pot. in pign. bezieht ſich auf die hypothekariſche Klage. Wir haben geſehen: nicht bloß der wahre Eigenthümer kann ein Pfandrecht ertheilen, ſondern auch der redliche Beſitzer, der auf dem Wege iſt, die Sache durch Verjährung zu erwerben [8]). Die Verpfändung, die er vornimmt, kann zwar für den Gläubiger, wenigſtens gleich Anfangs, kein wahres Pfandrecht bewirken, gleichwie derjenige, der eine fremde Sache z. B. erkauft hat, vor der Hand ſelbſt kein wahres Eigenthum erwirbt; ſie ſteht indeſſen unter des Prätors Schutz; er ſchützt den Gläubiger auf eben die Art beim Pfandrecht — mit der actio Serviana —, wie er den redlichen Beſitzer ſelbſt ſchützt bei ſeinem Beſitz oder prätoriſchem Eigenthum

8) L. 18. D. de pign.

mit der actio in rem Publiciana; er schützt ihn gegen denjenigen, der infirmiori jure besitzt, der entweder gar kein Recht auf den Besitz hat oder ein schwächeres, indem ihm ein Pfandrecht von demselben Ertheiler, aber später bestellt ist. Treffen aber mehrere zusammen, von denen jeder sein Pfandrecht von einem andern non-dominus ableitet, so hat keiner vor dem andern den Vorzug, und es siegt der Besitzer. Dies ist der Sinn der L. 14. D. qui pot. in pign. Unter dem non-dominus ist der prätorische Eigenthümer zu verstehen, der justo titulo die Sache erwarb und sich in bona fide befindet und einem Gläubiger ein Pfandrecht ertheilt, der gleichfalls in bona fide ist [9]).

Grade ebenso verhält es sich, wenn mehrere dergleichen non-domini zusammentreffen, die sich einander die Sache selbst streitig machen; leiten sie ihre Rechte von demselben Gewährsmann ab, so geht derjenige dem andern vor, auf den das dingliche Recht früher übertragen ist, der zuerst zum Besitz gelangte — wovon hier bei bloßer Verpfändung deshalb nicht die Rede ist, weil es zum Erwerb des dinglichen Rechts an dem bloßen Vertrage genug ist —; von verschiedenen, dann braucht der Besitzer dem andern, der kein stärkeres Recht hat, nicht zu weichen [10]).

Wir sehen hieraus, daß in der L. 14. D. Qui pot. in pign. gar nicht die Rede davon ist, die allgemeine Regel aufzustellen: wenn ein Nichteigenthümer mehreren zu verschiedenen Zeiten an derselben Sache ein Pfandrecht beilegt und dann in der Folge Eigenthümer wird, geht der ältere dem jüngern vor. Nein, es werden nur in Hinsicht auf Schutz im

9) *Bachov* de pign. lib. 4. cap. 4. nr. 3.

10) L. 9. §. 4. D. de publ. in rem act.

im Besitz die Grundsätze von der Publiciana auf die Serviana übertragen; oder vielmehr es wird der prätorische Eigenthümer in demjenigen, dem er, gleich einem Eigenthümer, Rechte auf die Sache übertragen, geschützt, und unter mehreren, welchen von demselben oder von mehreren Nichteigenthümern auf diese Weise Rechte auf die Sache beigelegt sind, finden dieselben Grundsätze Anwendung, welche gelten, wie wenn mehrere redliche Besitzer zusammentreffen.

Weiter kann man, gestützt auf die L. 14. D. qui pot. in pign., den Satz aufstellen, daß, so oft der Gläubiger gegen einen Besitzer klagt, der sein Recht auf den Besitz von dem Verpfänder aus einer Handlung ableitet, die nach der Verpfändung vorgegangen ist, es des Beweises, der Verpfänder habe die Sache in bonis gehabt, nicht bedürfe.

§. 50.

Von den Einreden, die dem Kläger entgegenstehen.

Gegen den klagenden Gläubiger können dem Besitzer manche Einreden zur Seite stehen. Diese Einreden stehen aber nicht alle jedem Besitzer, sondern meistens stehen sie nur dem dritten, und auch diesem nicht ohne Unterschied, zu.

Zu den Einreden, die dem Kläger entgegenstehen, gehört:

1) die *Exceptio excussionis.*

Die Exceptio oder das Beneficium excussionis besteht, insofern es der actio hypothecaria entgegengesetzt werden kann, im Allgemeinen in dem Einwande, daß der klagende Gläubiger zuvor den Versuch anstellen müsse, auf einem andern Wege zu seiner Befriedigung zu gelangen, und daß er nur erst dann, wenn ihm dies mißlungen, zu dem Beklagten

zurückkehren dürfe. Der Beklagte, der sich dieses Einwandes bedient, verweist den Kläger entweder an eine andre Person, um von dieser, oder auf eine andre Sache, um aus dieser seine Befriedigung zu suchen, und hiernach ist das Beneficium excussionis, insofern es der actio hypothecaria entgegengesetzt werden kann, entweder ein persönliches oder dingliches [1]).

a) Das *Beneficium excussionis personale*, oder das *simpliciter* sogenannte *Beneficium excussionis.*

Dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache, welcher mit der actio hypothecaria belangt wird, steht diese Wohlthat zu, vermöge deren er verlangen kann, daß erst der Schuldner und dessen Erbe, wie auch derjenige, der sich für den Schuldner etwa verbürgt hat, und dessen Erbe ausgeklagt werde, und er solange, bis dies vergeblich geschehen, mit der actio hypothecaria verschont bleibe. Nach dem ältern römischen Recht hatte der Gläubiger die Wahl, ob er den Schuldner und dessen Erben, und den Bürgen und dessen Erben, oder ob er zuerst den Besitzer der verpfändeten Sache in Ansprache nehmen wolle [2]); allein Justinian hat das ältere Recht geändert und nachstehende Reihefolge festgesetzt. Zuerst ist der Schuldner oder dessen Erbe, dann der Bürge oder dessen Erbe, — darauf ist erst der Besitzer der vom Schuldner und zuletzt der Besitzer der vom Bürgen verpfändeten Sache in Ansprache zu nehmen [3]). Hiernach kann der dritte

1) *Leyser* spec. 225. med. 3. Weber vom pignore tacito subsidiario, oder der stillschweigenden Willenserklärung der Contrahenten bei Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek, und ob die daher entspringende Exceptio excussionis auch dem Schuldner selbst zu Gute komme? (in dessen Versuchen über das Civilrecht, S. 119 folg.)

2) L. 14. L. 24. C. de pign. L. fin. C. de obl. et act.

3) Nov. 4. c. 2. Auth. Sed hodie C. de obl. et act. Auth. Hoc Si C. de pign.

Besitzer des Pfandes, es sey nun ein nachstehender Pfandgläubiger oder ein Fremder, gegen den Kläger sich auf die von Justinian festgesetzte Ordnung berufen und die Wohlthat der Excussion durch eine Einrede geltend machen, die zu denjenigen Einreden gehört, welche exceptiones mixtae genannt werden. Dem Schuldner selbst steht die Einrede nicht zu, sondern, wenn es der Schuldner ist, welcher die verpfändete Sache besitzt, so hat der Gläubiger noch jetzt die Wahl, ob er ihn zuerst mit der persönlichen oder mit der dinglichen Klage belangen will. Der dritte Besitzer aber kann davon Gebrauch machen, nicht bloß, wenn der Gläubiger vermöge eines ihm zustehenden allgemeinen Pfandrechts die Auslieferung der Sache verlangt, sondern auch dann, wenn die Sache, die er verfolgt, ihm besonders verpfändet ist [4]). Von Amtswegen nimmt übrigens der Richter auf das Beneficium keine Rücksicht, sondern der Beklagte muß davon Gebrauch machen wollen, und dies dem Richter zu erkennen geben.

Ausnahmsweise fällt das Beneficium in folgenden Fällen weg:

1) wenn der Gläubiger den Besitz des Pfandes schon gehabt und ihn wiederum verloren hat [5]);

2) wenn der Schuldner nicht im Stande ist, den Gläubiger zu befriedigen, oder wenn er schwer zu belangen ist [6]);

3) wenn die Sache vom Schuldner an den dritten Besitzer veräussert ist, nachdem der Schuldner schon vom Gläubiger belangt war [7]);

4) Westphal im Pfandrecht §. 278.

5) *Franzke* Resolut. lib. I. Resolutio 12. nr. 39. A. M. ist, wegen der allgemein lautenden Vorschrift der Nov. 4. Cap. 2., *Erxleben* Princ. de jure pign. §. 317. nota b.

6) *Carpzov*. def. for. II. 18. def. 11.

7) Nov. 112. cap. I.

4) wenn der Beklagte die Sache ohne gebührenden Rechtsgrund besitzt [8]). Hingegen der bloße Umstand, daß über das Vermögen des Schuldners Concurs ausgebrochen ist, kann das Beneficium excussionis dem mit der hypothekarischen Klage belangten Besitzer so wenig, als dem vom Gläubiger belangten Bürgen, entziehen. Denn daraus, daß der Schuldner mehrere Gläubiger hat und nicht im Stande ist, alle zu befriedigen, folgt noch nicht, daß dieser Gläubiger leer ausgehen werde. Nur, wenn ausgemacht wäre, daß die Masse zur Befriedigung des klagenden Gläubigers nach dem Platze, der ihm unter den concurrirenden Gläubigern zu Theil werden wird, nicht hinreichend seyn werde, nur dann würde, nicht wegen des ausgebrochenen Concurses, sondern wegen der Unfähigkeit des Schuldners, den Gläubiger zu befriedigen, das Beneficium ausgeschlossen seyn [9]).

Auch dadurch wird das Beneficium nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte, als er die Sache erwarb, von dem daran haftenden Pfandrecht Kenntniß gehabt hat [10]).

Von dem Beneficio excussionis kann die Rede nicht seyn, wenn der Gläubiger ein ihm verpfändetes Nomen beitreibt [11]).

Ebenso auch dann nicht, wenn der dritte Besitzer die

8) *A. Faber* Err. Pragm. Dec. 6. Err. 3. Meine Abhandlung über die Schuldverbindlichkeit, als Object des Pfandrecht, §. 8., S. 60. Das Gegentheil behauptet Westphal im Pfandrecht, §. 277., Note 308. am Ende.

9) Auch Erxleben (Princ. de jure pign. §. 319.) ist der Meinung, daß, im Fall über des Schuldners Vermögen Concurs ausgebrochen ist, das Beneficium excussionis nur dann wegfalle, wenn gezeigt werden kann, daß der Gläubiger aus der Masse seine Befriedigung nicht erhalten werde.

10) Meine Abhandlung über die Schuldverbindlichkeit, als Object des Pfandrechts, §. 8. Note 4.

11) Meine angeführte Abhandl. §. 8.

verpfändete Sache nur im Namen des Schuldners, als simplex detentor, besitzt. In diesem Fall bedarf er der Wohlthat der Ordnung nicht; der Schuldner, in dessen Namen er besitzt, ist vielmehr als der wahre Besitzer mit der hypothekarischen Klage zu belangen. Ueberhaupt findet die hypothekarische Klage gegen denjenigen nicht statt, der nicht im eignen Namen besitzt, und wird sie ja gegen den bloßen Inhaber angestellt, so darf er sich auf einen Streit nicht einlassen, der ihm fremd ist, sondern kann und muß denjenigen nennen, in dessen Namen er sich im Besitz befindet, und den Kläger an diesen verweisen.

Bei dieser Gelegenheit verdient bemerkt zu werden: Wendet der Beklagte ein, er besitze nicht, d. h. er besitze nicht in eignem Namen, der Kläger beweist aber das Gegentheil, so muß er den Besitz abtreten, obgleich der Kläger sein Recht auf den Besitz nicht erwiesen hat [12]).

b) *Beneficium excussionis reale.*

Hat der Gläubiger bloß eine allgemeine Hypothek, so sind ihm sämmtliche Sachen des Schuldners aeque principaliter verhaftet, und er hat die Wahl, aus welcher von ihnen er seine Brfriedigung suchen und welche er zu diesem Ende mit der actio hypothecaria verfolgen wolle [13]). Er darf auch von der gewählten wiederum abstehen, sie wiederum fahren lassen und eine andre wählen; es steht ihm das jus variandi zu [14]). Dies hat keinen Zweifel.

12) *L. ult. D. de rei vind.* In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se *non possidere*, ita, ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non approbaverit.

13) L. 8. D. de distr. pign.

14) *Mev.* P. VII. dec. 183. *Pufendorf* obs. jur. un. tom. IV. obs. 175.

Nach der gewöhnlich angenommenen Meinung der Rechtsgelehrten, unter andern auch des unter ihnen hervorragenden Weber, bewirkt die Verbindung der allgemeinen mit der besondern Hypothek, oder der Umstand, daß dem Gläubiger zugleich eine specielle und generelle Hypothek zusteht, daß nur die speciell verpfändete Sache principaliter, die übrigen Güter des Schuldners bloß in subsidium haften. Es ist dies dem vermuthlichen Willen der Contrahenten gemäß, wie er sich durch die Handlung jener Verbindung selbst, den Gesetzen zufolge, offenbart, indem diese Handlung sonst keinen andern Zweck haben kann, da die Sicherheit des Gläubigers dadurch nicht vermehrt wird, daß ihm eine Sache, die ihm schon vermöge der allgemeinen Hypothek haften würde, noch besonders verpfändet wird.

Allein, so gut dies Alles auch ausgedacht ist, — in den Gesetzen selbst wird man diese Ideen vergebens suchen, und das Gegentheil finden. Ist zwischen dem Gläubiger und Schuldner ausdrücklich verabredet, „ut ita demum caetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset," wie es in der L. 2. D. Qui pot. in pign. heißt, dann freilich versteht es sich, daß die speciell verpfändete Sache principaliter, die übrigen Güter nur in subsidium haften [15]). Allein, außer diesem Fall hat der Gläubiger, dem zugleich eine specielle und generelle Hypothek zusteht, an und für sich ein gleiches Recht an allen und jeden Vermögensstücken des Schuldners, und die Verbindung der allgemeinen mit der speciellen Hypothek bewirkt bloß so viel, daß, vermöge eines besondern, dem Besitzer ertheilten *Beneficii*, der Beklagte den

15) Statt des Wortes generaliter ist specialiter zu lesen. *CUJACII* Obs. XI. 31. *VOET.* ad D. lib. XX. tit. I. §. 15.

Kläger auf die speciell verpfändete Sache verweisen kann, damit er zuvörderst den Versuch anstellen möge, durch diese zu seiner Befriedigung zu gelangen. Daß hier von einem gegen die Regel des Rechts eingeführten Beneficio die Rede sey, ergibt die hieher gehörige Gesetzstelle und der Ort, wo man sie findet. In den Pandecten kommt von einem solchen Recht nicht die Spur vor, denn die vorher angeführte L. 2. D. Qui pot. in pign. spricht von einer ausdrücklichen Verabredung, wornach dem Gläubiger nur unter der Bedingung das übrige Vermögen haften soll, wenn die speciell verpfändete Sache zu seiner Befriedigung nicht hinreichend seyn wird. Die hieher gehörige Gesetzstelle ist L. 2. C. de pignor. Sie lautet folgendermaßen:

> Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse *et aequale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperanda est.* Ideoque, si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses Provinciae jubebit.

Daß nun dem mit der actio hypothecaria belangten nachstehenden Pfandgläubiger das Beneficium zustehe, leidet keinen Zweifel; von ihm ist an dieser Stelle grade die Rede. Da nun das Gesetz nur von diesem spricht, und die Bestimmung desselben von der Regel des Rechts abweicht, so kann es auf den Schuldner so wenig, als auf den dritten Besitzer, der kein nachstehender Pfandgläubiger ist, ausgedehnt werden. Soll es diesen Personen zustehen, so muß erst eine andere Gesetzstelle nachgewiesen werden, wodurch das Beneficium

auch ihnen beigelegt sey. Man beruft sich auf die L. 9. C. de distr. pign., wenigstens um zu beweisen, daß es auch dem Schuldner zu Gute komme. Die Stelle lautet also:

Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere. Ita enim adparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quodsi quid deerit, non prohibemini, caetera etiam bona jure conventionis consequi.

Die Stelle ist von der Art, daß man, ohne den Fall zu kennen, der dem Imperator vorgelegt war, daraus überhaupt kein sicheres Resultat ableiten kann. Vielleicht ist sie von einem solchen Fall zu verstehen, wo ausdrücklich verabredet war, wie das übrige Vermögen nur in subsidium haften oder angegriffen werden solle. Dies ergeben die Worte: *jure conventionis*, und der Umstand, daß dem Gläubiger überhaupt ein Recht zu klagen abgesprochen wird, solange er nicht den Versuch gemacht hat, durch die speciell verpfändete Sache zu seiner Befriedigung zu gelangen, was ohne diese Voraussetzung mit der L. 2. C. de pign. im Widerspruch stehen würde. Beides würde auch einer andern, hier möglichen, und vielleicht bessern Deutung ganz und gar nicht zuwider seyn, wornach die übrigen Güter — gar nicht verpfändet waren, sondern sie kamen nur als solche in Betrachtung, die *judicati exequendi gratia* angegriffen werden konnten. Es ist indessen schon genug, daß der Satz dadurch nicht erwiesen wird, der dadurch erwiesen werden soll, und daß vermöge jener Gesetzstelle dem Schuldner und dem dritten Besitzer, der kein Pfandgläubiger ist, die Wohlthat der Excussion einräumen auf ein bloßes Rathen hinausläuft.

Mit Recht sprechen daher Regusant [16]) und Voet [17]) beiden die Wohlthat ab. Westphal [18]) gesteht sie nur dem Schuldner nicht zu. Hingegen räumen, mit der Glosse [19]), Mevius [20]), Böhmer [21]), Exleben [22]) sie beiden ein. Nimmt man aber dennoch an, daß auch der Schuldner auf die Wohlthat Ansprache zu machen habe, so sollte man consequent seyn, und sie auch dem dritten Besitzer, der kein Pfandgläubiger ist, nicht absprechen [23]); zumal jene Gesetzstelle nicht mit völliger Sicherheit ersehen läßt, daß in dem Rechtsfall, wovon die Rede war, der Gläubiger mit dem Schuldner zu thun hatte, und die Entscheidung in Ansehung des zu verfolgenden übrigen Vermögens sich auf den Schuldner beschränke. Man sollte ferner nicht weiter unterscheiden, ob sich ein Dritter im Besitz der speciell verpfändeten Sache befinde, wie Weber thut [24]), welcher annimmt, daß dem Schuldner das Beneficium sodann nicht zustehe, wenn die speciell verpfändete Sache in den Händen eines Dritten sich befinde, und zwar deshalb nicht, weil der Dritte den Gläubiger an den Kläger zurückverweisen würde. Diese Unterscheidung ist ohne hinlänglichen Grund. Denn eines Theils würde immer erst zu erwarten seyn, ob der Dritte von der Wohlthat der Excussion (der persönlichen nämlich) Gebrauch machen mögte, und zweitens könnte das Verlangen des Dritten immer nur dahin gehen, daß der Gläubiger den Schuld-

16) De pign. P. 4. membr. 1. n. 29. P. 5. m. 2. in fine.
17) Ad Dig. XX. I. 15.
18) Im Pfandrecht, S. 88. 89.
19) Ad Legem 2. C. de pign.
20) P. 2. dec. 116. 117. P. 4. dec. 48.
21) De act. II. 3. 102.
22) De pignor. §. 317.
23) So consequent sind Hartmann Pistor (P. III. qu. 13. n. 12. 19.) und Weber (a. a. O. S. 123.)
24) a. a. O.

ner mit der persönlichen Klage in Ansprache nähme, wovon aber, Kraft der Voraussetzung, nicht, sondern von dem geltend zu machenden Pfandrecht die Rede war.

Die Wohlthat, wovon hier gehandelt wird, fällt weg, nach dem ausdrücklichen Inhalt der angeführten L. 2. C. de pign., wenn es ausgemacht ist, daß die speciell verpfändete Sache zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichend seyn werde. Wer muß hier beweisen, der Beklagte, daß die Sache zur Befriedigung des Gläubigers hinreichend, oder der Kläger, daß sie es nicht sey? — Da die Wohlthat dem Beklagten (nachstehenden Pfandgläubiger) der Regel nach zusteht, so scheint es, müsse dem Kläger obliegen, das Factum zu beweisen, wodurch die Anwendbarkeit derselben im gegenwärtigen Fall ausgeschlossen wird. Wirklich behauptet dies auch mit Andern Weber [25]). Schon die Glossographen stellten diese Meinung auf, und gründeten sich dabei auf jene andre, oben angeführte, Stelle, auf L. 9. C. de distract. pign. Allein nach der L. 2. C. de pign. steht die Wohlthat dem Beklagten nur überhaupt dann zu, wenn es ausgemacht ist, daß der Gläubiger durch die speciell verpfändete Sache zu seiner Befriedigung gelangen könne, und dem Beklagten liegt also der Beweis des Umstandes ob, wovon die Wohlthat abhängt und welcher conditio sine qua non derselben ist.

Nach der gewöhnlich angenommenen Meinung wird das Beneficium auch dadurch ausgeschlossen, daß bei der Bestellung der allgemeinen und besondern Hypothek die Clausel: Salvo jure variandi (oder vielmehr salvo jure eligendi et variandi, mit Wahl- und Veränderungsfreiheit) hinzugefügt ist. Nimmt man an, das Beneficium stehe auch dem Schuldner zu, so hat die Clausel in Hinsicht auf den Schuldner

25) a. a. O. S. 142.

den erwähnten Erfolg und also ihren guten Nutzen. Allein einem Dritten und namentlich dem nachstehenden Pfandgläubiger kann sie auf allen Fall nicht schaden, und dieser den Kläger nichtsdestoweniger auf die speciell verpfändete Sache verweisen. Der Schuldner zwar hat sich seines Rechts begeben können, durch seine Entsagung aber keinem Dritten, dem die Gesetze jenes Beneficium gleichfalls ertheilen, das seinige entziehen mögen. Quilibet juri *pro se* introducto valide renunciare potest; und: Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri [26]). Diese Meinung ist freilich nicht die gewöhnliche. Gewöhnlich nimmt man an [27]), daß jene Clausel auch dem Dritten nachtheilig sey, zwar nicht wegen der darin liegenden Entsagung des Beneficii, wovon man einräumt, daß sie dem Dritten nicht nachtheilig seyn könne, sondern wegen der nach dem Obigen falschen Vorstellung, daß die gesetzliche Verordnung auf dem vermuthlichen Willen der Contrahenten beruhe, und also wegfallen müsse, wenn die Contrahenten deutlich erklärt haben, wie es nicht ihre Meinung sey, daß dem Gläubiger das Wahlrecht entzogen seyn solle. Wäre das Eine nur wahr, würde es das Andre gewiß auch seyn.

Nach Leyser's Meinung soll dem Beklagten das Beneficium auch sodann nicht zustehen, wenn die allgemeine Hypothek des Gläubigers eine gesetzliche ist, neben welcher er sich eine specielle durch Vertrag bestellen ließ.

Nam qui hypothecam tacitam habet, sagt Leyser [28]), eo ipso, quod sibi praeterea expressam stipulatur, meliorem conditionem suam, non deteriorem facere, nec arbitrium creditoribus in *L.* 8.

26) L. 47. D. de div. reg. jur.
27) *Leyser* spec. 225. med. 7.
28) Spec. 225. med. 7.

D. de distr. pign. permissum, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit, distractis, ad suum commodum perveniendi, sibi adimere vult.

Was Weber [29]) gegen Leyser anführt, mögte schwerlich hinlänglich seyn, ihn zu widerlegen. Beruhte das Beneficium excussionis auf dem vermuthlichen Willen der Contrahenten, wäre es also, beiläufig gesagt, gar kein ächtes Beneficium juris, so könnte doch immer nur dann angenommen werden, daß die speciell verpfändete Sache principaliter, das übrige Vermögen in subsidium haften solle, wenn der Gläubiger sich zu gleicher Zeit diese besondre Sache des Schuldners speciell und weiter auch des Schuldners übriges Vermögen verpfänden ließe. Wenn aber der Gläubiger eine allgemeine Hypothek schon hat und sich darauf noch überdies eine besondre Sache verpfänden läßt, so könnte eine solche Vermuthung nicht füglich statt finden. Der zweite Fall ist von dem ersten ganz verschieden. Im zweiten Fall würde der Gläubiger bloß verlieren, was er schon hat, und die Hypothekbestellung soll doch zum Vortheil des Gläubigers dienen; es ist also nicht anzunehmen, daß er durch Bestellung der Hypothek sein Wahlrecht habe aufgeben wollen. Im ersten Fall aber büßt er nichts ein, sondern erwirbt eine specielle und überdies eine generelle subsidiarische Hypothek; er hätte freilich noch mehr erlangen können, nämlich eine generelle nicht subsidiarische Hypothek, allein darauf war der Wille der Contrahenten, namentlich des Schuldners, von dem es abhing, ein wie großes Quantum von dinglicher Sicherheit er dem Gläubiger gewähren wolle, nicht gerichtet. Nimmt man also an, das Gesetz ruhe auf dem vermuthlichen Willen der Contrahenten, so ist Leyser's Meinung unwiderleglich.

29) a. a. O. S. 121. 122.

Allein, da sich dies nicht erweisen läßt, vielmehr L. 2. C. cit. das Gegentheil ergibt, da ferner diese Gesetzstelle nur bloß darauf Rücksicht nimmt, daß der Gläubiger eine generelle und specielle Hypothek zugleich hat, nicht aber, woher er sie hat, auch kein Grund zu erreichen ist, weshalb die Entstehungsart der Hypothek hier in Betrachtung kommen könnte, so scheint Leyser's Meinung ungegründet und auch hier kein Unterschied zu statuiren zu seyn.

Ferner:

3) steht dem dritten Besitzer gegen die hypothekarische Klage das *Beneficium cessionis*, was er vermittelst einer Einrede geltend machen kann, zur Seite.

Der dritte Besitzer, der mit der hypothekarischen Klage belangt wird, ist nämlich berechtigt, die Schuld, derentwegen dem Kläger das Pfandrecht zusteht, zu tilgen, sich dadurch von der hypothekarischen Klage frei zu machen und dagegen zu verlangen, daß der Gläubiger ihm seine Rechte gegen den Schuldner abtrete.

Ein nachstehender Pfandgläubiger, der mit der hypothekarischen Klage belangt wird, bedarf dieser Wohlthat nicht, indem er, wenn er den vorgehenden befriedigt, vermöge des juris offerendi ipso jure an dessen Stelle tritt.

Wohl aber bedarf desselben ein Fremder, doch kann nur derjenige auf dasselbe Ansprache machen und die Cession der Rechte (cessio „*juris nominis*“) von Seiten des Klägers begehren, der auf rechtmäßige Art zum Besitz gelangt ist [30]).

Weiter kann dem Gläubiger

4) die *Exceptio praescriptionis* entgegenstehen.

Vor Theodosius ward die actio hypothecaria gar nicht verjährt; es fand aber eine praescriptio longi tempo-

30) L. 19. D. Qui pot. in pign.

ris zur Ausschließung der Ansprüche des Gläubigers statt [31]). Theodosius, indem er im Allgemeinen die Dauer der Klagen auf 30 Jahre beschränkte, steckte ausdrücklich auch der actio hypothecaria dies Ziel, wenn sie nämlich gegen einen dritten Besitzer gerichtet ist [32]). Gegen den Schuldner und dessen Erben blieb sie unverjährbar [33]). Justinian führte eine Verjährung von 40 Jahren gegen den Schuldner und dessen Erben und zum Theil auch gegen den dritten Besitzer ein. Der Grund, warum die actio hypothecaria 40 Jahre dauert, da doch die persönliche nur ein Alter von 30 Jahren erreicht, scheint nun eben darin zu liegen, daß jene früher der Verjährung nicht unterworfen war, als schon der persönlichen ein Ziel von 30 Jahren gesetzt war. Sie, die bis dahin unverjährbar war, sollte doch, als sie verjährbar ward, der persönlichen Klage nicht völlig gleichgestellt werden. Darum ließ sie Justinian zehn Jahr länger leben [34]).

Die actio hypothecaria erlischt also durch Verjährung in verschiedenen Zeiträumen, je nachdem es der Schuldner oder dessen Erbe, — oder ein nachstehender Pfandgläubiger, — oder ein andrer dritter Besitzer ist, welcher verjähren will.

a) Dem Schuldner und dessen Erben kömmt nur eine Präscription von 40jähriger Dauer zu Gute.

b) Dem nachstehenden Pfandgläubiger kömmt bald eine Verjährung von 40, bald eine von 30 Jahren zu Statten. Nämlich bei Lebzeiten des Schuldners kann der nachstehende Pfandgläubiger sich gegen den vorgehenden nur durch eine

31) L. 1 et 2. C. Si adv. cred. praescr. opp. L. fin. C. de obl. et act.

32) L. un. C. Theodos. de act. certo temp. fin.

33) L. 7. pr. C. de praescr. 30 vel 40 ann.

34) Dieser Meinung ist auch Westphal im Pfandrecht §. 364.

Verjährung von 40 Jahren schützen; nach dem Tode desselben kömmt ihm eine Verjährung von 30 Jahren zu Gute. Er kann aber auch die Zeiträume vor und nach dem Tode des Schuldners zusammenrechnen und dann binnen 40 Jahren verjähren.

c) Was Rechtens sey in Beziehung auf einen Dritten, der das Pfand als Eigenthümer besitzt, ist nicht ganz im Klaren. Nach der gewöhnlichen Theorie kömmt ihm eine Verjährung von 10 Jahren inter praesentes und von 20 Jahren inter absentes zu Statten, wenn er nämlich justo titulo ac bona fide die Sache erworben hat. Die bona fides besteht hier darin, daß er von dem auf der Sache haftenden Pfandrecht keine Kenntniß gehabt hat. Fehlt es am rechtmäßigen Titel oder an der bona fides, so wird die Verjährung erst binnen 30 Jahren vollendet. Dies ist, was die Rechtsgelehrten insgemein zu lehren pflegen [35]); auf solche Art suchen sie die hieher gehörigen Gesetzstellen, die ihnen außerdem einen Widerspruch zu enthalten scheinen [36]), nämlich

35) *PEREZ* ad tit. C. Si adv. jura successerunt, obligatae rei cred. nr. 1. *LAUTERBACH* Coll. theor. pract. tit. de pign. §. 82 seq. *RAVE* de praescr. p. 291. Westphal im Pfandrecht §. 247. Höpfner Com. über die Institutionen §. 1186. *SCHMIDT* de praescriptione, praesertim circa pignus, opusc. 3. §. 8 et 11. Thibaut von der Verjährung §. 54.

36) *L.* 1. *C. si adv. cred. praescr. opp.* Diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit; praeterquam si debitores, vel qui in eorum possessioni incumbant. Ubi autem creditori a possessore longi temporis praescriptio objicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit. *L.* 2. *eodem.* Si debitori heres non extitisti, sed justa viginti annorum possessione collata in te donatio corroborata est: neque personali actione, quia debitori non successisti, convenire te juris ratio permittit, neque data pignori praedia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt, quando etiam praesentibus creditoribus decem annorum praescri-

lich L. 1. und L. 2. C. Si adversus creditorem praescr. opp. und L. fin. C. de obl. et act. mit L. 7. pr. C. de praescr. 30 vel 40 ann. zu vereinigen.

Die zuerst erwähnten Stellen rühren aus Zeiten her, da die Verjährung noch nicht vollständig ausgebildet war; die erste von Gordian, die zweite und dritte von Diocletian und Maximian; es werden hier die Grundsätze von der praescriptio longi temporis, wodurch man gegen den Eigenthümer Schutz im Besitz erwirbt, auf das Pfandrecht angewandt; wer justo titulo und bona fide, d. h. ohne von dem Pfandrecht zu wissen, die Sache vom Eigenthümer z. B. gekauft oder geschenkt erhalten und sie dann 10 oder beziehungsweise 20 Jahre ruhig besessen hat, der wird mit einer Einrede — Exceptio longae possessionis — gehört und im Besitz gegen den klagenden Gläubiger geschützt; die Klage des Gläubigers verliert an diesem langwierigen Besitz ihre Kraft. Seitdem nun späterhin Theodosius unter andern auch die actio hypothecaria der Verjährung unterworfen und ihr eine Dauer von 30 Jahren gegeben hat, scheint es, daß jetzt von jenem Rechtssatz kein Gebrauch weiter zu machen sey. Dem steht nun aber wiederum entgegen, daß der Rechtssatz — sogar an fünf Stellen (vielleicht noch an mehrern), und selbst in einem eignen Titel des Codex

ptionem opponi posse, tam Rescriptis nostris, quam priorum Principum statutis probatum sit. *L. fin. C. de obl. et act.* Est in arbitrio vestro, personali debitoris heredes actione, an eum, qui ab his distracta sibique tradita pignora tenet, in rem Serviana, si non longi temporis praescriptione munitus sit, an utrosque conveniatis, mit *L. 7. pr. C. de praescr. 30 vel 40 ann.*, wo es heißt: Cum notissimi juris sit, *actionem hypothecariam in extraneos quidem rei suppositae detentores annorum triginta finiri spatiis etc.*

dex — als geltendes Recht gegeben wird. Die longi temporis praescriptio findet nur gegen persönliche Klagen nicht Statt [37]). Man ist daher genöthigt, anzunehmen, daß Beides neben einander Statt finde (auf ähnliche Art, wie neben der erwerbenden Verjährung des Eigenthums die erlöschende der vindicatio besteht), nämlich eine praescriptio longi temporis, welche Befreiung vom Pfandrecht gewährt, wodurch das Pfandrecht unwirksam gemacht wird, und eine zweite Verjährung, die das Rechtsmittel zum Gegenstande hat, wodurch nämlich die actio hypothecaria zerstört wird; jene hat die allgemeinen Erfordernisse der praescriptio longi temporis, nämlich justus titulus und bona fides, nach römischem Recht zu Anfange, und einen die gesetzliche Zeit hindurch fortgesetzten ruhigen Besitz; diese erfordert nach römischem Recht nichts, als den bloßen Ablauf der Zeit. Jene schließt diese in sich, und diese findet Statt, wo jene nicht anwendbar ist. In einzelnen Fällen kann ein Beklagter bald schon durch jene geschützt seyn, bald wird er zu dieser seine Zuflucht nehmen müssen. Welches Alles denn am Ende mit der gewöhnlichen Theorie zusammentreffen, ja ungesucht den rechten Schlüssel dazu geben würde. Nur kann man nie sagen, wenn man nicht das Recht mit dem Rechtsmittel verwechseln will, daß die *actio hypothecaria* gegen den dritten Besitzer durch den Ablauf von 10 oder beziehungsweise 20 Jahren erlischt; die *actio hypothecaria* erlischt (gegen den dritten Besitzer) immer nur durch den Ablauf von 30 Jahren [38]).

37) L. 5. C. de praescr. longi temp.

38) *L.* 3. *C. de praescr.* 30 *vel* 40 *ann.* Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur; sed si qua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione, vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescri-

Ueber die Verjährung in dieser Sphäre ist noch Folgendes zu bemerken: 1) Man muß unterscheiden die Verjährung, wodurch ein dritter Besitzer das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt, von der Verjährung, wodurch die dingliche Ansprache des Gläubigers oder die actio hypothecaria erlischt. Wenn ein dritter Besitzer das Eigenthum der Sache gegen den Verpfänder verjährt, so folgt daraus noch nicht, daß auch die dingliche Ansprache des Gläubigers, oder daß die actio hypothecaria erloschen sey.

1) *L.* 44. §. 5. *D. de usurpat. et usucap.*

Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit. Ut enim usufructus usucapi potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.

2) *L.* 7. *C. de pign.*

Usucapio pignoris conventionem non extinguit.

Es ist damit ebenso, wie mit der Veräusserung des Pfandes, die der Schuldner vornimmt. Obgleich er dadurch das Eigenthum der Sache verliert, so thut doch dies dem Pfandrecht des Gläubigers keinen Abbruch. Auch hier gilt der Grundsatz: *Transit res cum suo onere.* Es kann indessen zufälligerweise geschehen, daß binnen derselben Zeit die Verjährung des Eigenthums und des Pfandrechts vollendet wird, daß zugleich das Eigenthum des einen und das Pfandrecht des andern (des Gläubigers) verjährt wird [39]). Bei beweg-

ptio metuenda. Eodem etiam (jure) in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio (per longum tempus) possidente nititur vindicare.

39) Westphal im Pfandrecht §. 246.

lichen Sachen ist dies nicht möglich, da man das Eigenthum derselben binnen 3 Jahren durch Verjährung erwirbt, während, was die Verjährung des Pfandrechts und der actio hypothecaria betrifft, zwischen beweglichen Sachen und unbeweglichen kein Unterschied ist [40]). Auf der andern Seite ließe es sich denken, daß die Verjährung des Eigenthums bereits ihrer Vollendung nahe war, als der Eigenthümer wegen seines bis zur Vollendung hin fortdauernden Eigenthums, vermöge desselben, mit vollem Recht das Pfandrecht erst bestellte, was verjährt werden soll, daß also die Verjährung des Pfandrechts oder der actio hypothecaria erst ihren Anfang nahm, als die Verjährung des Eigenthums beinahe beendigt war.

Wenn nun der Gläubiger von seinem noch nicht erloschenen Pfandrechte mit Erfolg Gebrauch macht, nachdem der Besitzer das Eigenthum schon durch Verjährung erworben hat, so kann dies zu manchen Rechtsverhältnissen Gelegenheit geben. Gesetzt, der Schuldner tilgt die Schuld und fordert das Pfand zurück, kann der Gläubiger es ihm vorenthalten? Es scheint, die Frage müsse verneint werden, und als würde es exceptio de jure tertii seyn, wenn der Gläubiger dem Schuldner den Einwand entgegensetzen wollte, einem Andern stehe das Eigenthum zu. Aber auf der andern Seite hat der Besitzer dem Gläubiger die Sache bloß zu dem Ende herausgegeben, damit er sein Pfandrecht daran ausübe, und dieser muß sie daher jenem als dem Eigenthümer zurückgeben, wenn sein Pfandrecht aufhört. Aus diesem Grunde behauptet Westphal [41]), er müsse die Sache dem Eigenthümer, nämlich dem jetzigen, herausgeben; und das scheint auch richtig zu seyn. Der Besitzer, welcher dem Gläubiger die Sache her-

40) Westphal a. a. O. §. 279. 41) a. a. O.

auszugeben genöthigt ward, bleibt vor der Hand noch Eigenthümer; ihm ist das Eigenthum nicht aberkannt und seinem Gegner es nicht zuerkannt, dem Letztern ist bloß das Recht zuerkannt, die Sache als Pfand in Händen zu erhalten und sein Pfandrecht an der Sache geltend zu machen; die Sache ist dem Besitzer nur jure pignoris und noch nicht gänzlich entwährt [42]); er bleibt Eigenthümer, solange der Gläubiger vom jure distrahendi noch nicht Gebrauch gemacht hat; wird die Schuld getilgt, oder überhaupt erlischt das Pfandrecht, ehe es dazu kömmt, dann kann er sein Eigenthum wiederum geltend machen. Er kann die Sache von jedem Besitzer, er kann sie vom Gläubiger, wenn dieser sie besitzt, er kann sie vom Schuldner abfordern, wenn etwa der Gläubiger sie dem Schuldner ausgeliefert hätte. Zu dem Letztern ist der Gläubiger sowenig verbunden, daß er vielmehr eine unerlaubte Handlung begeht, wenn er das Pfand, nachdem er befriedigt ist, an den Schuldner zurückliefert; denn dem Besitzer ist die Sache nicht völlig abgesprochen, er ist nur genöthigt worden, dem Gläubiger sie zu dem Zweck auszuliefern, damit er sein Pfandrecht daran geltend mache, damit er, wenn und soweit es nöthig ist, durch das Pfand zu seiner Befriedigung zu gelangen suche [43]).

42) *L.* 35. *D. de evict.* Evictus autem a creditore tunc videtur, cum fere spes habendi abscissa est. Itaque si Serviana actione evictus sit, committitur quidem stipulatio, sed quoniam soluta a debitore pecunia potest servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione.

43) Daher denn auch die Art, wie das Urtheil in solchen Fällen abzufassen, wie sie bei Hommel deutscher Flavius, herausgegeben von Klein, 2r Theil unter dem Wort Hypothek, Nr. 4. vorkömmt, gut ist und noch etwas besser seyn könnte; auf's wenigste müßte doch in den Worten: daß Beklagter dem Kläger das verpfändete Grundstück, solange bis er wegen des Hauptstammes der 1000 Thlr., auch rückständiger Zinsen daraus,

Wie ferner, wenn der Gläubiger vom jure distrahendi Gebrauch gemacht hat? Wem gebührt die hyperocha? Ohne Zweifel dem Besitzer, der das Pfand dem Gläubiger herausgab. Sie gebührt ihm, als dem jetzigen Eigenthümer, dessen Sache diesen Ueberschuß gewährt hat, und der sie dem Gläubiger nur herausgab, um sein Pfandrecht daran geltend zu machen, d. h. soweit es nöthig sey, seine Befriedigung daraus zu suchen [44]).

2. Wenn man nach dem Vorhergehenden annimmt, wie das Pfandrecht durch den Ablauf von 10 oder 20 Jahren erlischt, wenn der Besitzer sich solange im Besitz der Sache erhalten hat, die er justo titulo und bona fide erwarb — was dann per consequentiam das Erlöschen der actio hypothecaria nach sich zieht —, so fängt die Verjährungszeit, wie sich von selbst versteht, nicht erst von der Zeit, da der Schuldner (vergebens) ausgeklagt ist, sondern mit dem Besitz an [45]).

3. Die Verjährung der actio hypothecaria erfordert nichts weiter, als daß der Kläger die gesetzliche Zeit hindurch unterlassen hat, die Klage anzustellen. Diese Zeit fängt mit dem Augenblick an, da der Gläubiger zuerst befugt ist, die Klage anzustellen — ex quo jure competere coepit actio [46]) —, also mit dem Augenblick, da die Schuld zuerst fällig ist [47]). Was insonderheit den Anfang der Verjährung der actio hypothecaria gegen den dritten Besitzer betrifft, so ist es noch nicht allein genug, daß die Schuld fällig sey.

befriedigt, abzutreten und einzuräumen schuldig sey, das Wort daraus wegbleiben.

44) S. auch Westphal a. a. O.

45) *Lauterbach* Coll. theor. pract. tit. de pign. §. 83.

46) L. 7. §. 1. D. de praescript. 30 vel 40 ann.

47) L. 7. §. 4. C. eod.

Schmidt [48]) rechnet den Anfang der Verjährung der actio hypothecaria von dem Augenblick, da der Beklagte zum Besitz der Sache gelangt ist. Er schreibt nämlich: actio hypothecaria ex eo tempore in non impedito creditore contra extraneum competere incipit, simulac hic possessionem rei oppignoratae nanciscitur. *Nam tunc creditoris jus pignoris propter imminentem praescriptionem periclitatur. Itaque ne haec ei aliquando obverti queat, ejus securitas, cujus causa oppignoratio facta est, exigit, ut pignus persequatur.* Die Entscheidung selbst ist richtig, der Grund unzureichend. Die Verjährung nimmt ihren Anfang, vorausgesetzt, die Schuld ist fällig, von der Zeit, da der Beklagte im Besitz gewesen ist. Man möchte zwar an der Wahrheit dieses Satzes zweifeln. Denn die erlöschende Verjährung erfordert bekanntlich keinen Besitz des Beklagten, sondern bloßen Nichtgebrauch von Seiten des Klägers. Besonders scheint bei der *actio hypothecaria* nach dem Anfang des Besitzes nicht die Frage seyn zu können; denn, sobald die Schuld fällig, ist die Klage gegen jeden ohne Unterschied begründet. Auf der andern Seite ist der Besitz hier nicht Erforderniß der Verjährung, sondern conditio sine qua non der Anstellbarkeit der Klage. Erst seitdem der Beklagte im Besitz war, konnte der Kläger gegen ihn Klage erheben. Die actio hypothecaria gegen diesen Beklagten fing erst mit dem Besitz an. Damit der Kläger seine Klage einbüße, muß er sich 30 Jahre lang — und jeden Augenblick dieser Zeit — von Rechtswegen in der Lage befunden und es unterlassen haben, gegen diesen Beklagten klagen zu können. Im Grunde liegt die Entscheidung der Frage schon in den Worten Justinian's: Cum notissimi juris sit, actio-

49) De praescriptione praesertim circa pignus opusc. 3. §. 19.

nem hypothecariam in extraneos quidem suppositae rei detentores annorum triginta finiri spatiis etc., besonders aber in demjenigen, was Justinian von der Klage — der actio hypothecaria — gegen einen nachstehenden Pfandgläubiger lehrt, welche nach dem oben angeführten Unterschiede bald in 30, bald in 40 Jahren erlischt. Er sagt nämlich: et secundum hanc distinctionem computationem temporum adhibendam, ut ex persona quidem sua posterior creditor *triginta annos*, *per quos ipse*, post mortem debitoris, *possedit*, opponat etc. etc.

Die actio hypothecaria wird meistens mit der persönlichen Klage zu verschiedenen Zeiten ihre Laufbahn beginnen; sie wird in den meisten Fällen, nachdem die persönliche Klage schon erloschen ist, noch 10 Jahre — oft noch viel länger — leben. Zöge das Erlöschen der persönlichen Klage das Erlöschen der actio hypothecaria nach sich, so würde sie ganz umsonst noch 10 Jahre dauern. Jetzt kann der Gläubiger bei fortdauernder natürlicher Verbindlichkeit auf diesem Wege noch zu seiner Befriedigung gelangen, wenn er schon nicht mehr im Stande ist, sie auf dem graden Wege der persönlichen Klage sich zu verschaffen. Wenn Tribonian wegen der Verjährung der actio hypothecaria Tadel verdient, wie ihn der tadelsüchtige Bachov mit freigebiger Hand über ihn ausschüttet, so ist es nicht deshalb, weil die actio hypothecaria länger dauert, als die persönliche — darum fährt Bachov ihn an —, sondern, daß sie — überhaupt verjährbar ist. Denn eine Klage, die nach erloschener Hauptklage durch die bloße natürliche Verbindlichkeit aufrecht erhalten wird, müßte billig unvergänglich seyn, wie diese.

4. Was die Verjährung überhaupt und den Lauf der persönlichen Klage hindert, als z. B. aetas impubes, das

hindert auch den Lauf der Verjährung des Pfandrechts und der actio hypothecaria [49]). Der Satz: Non valenti agere non currit praescriptio, findet auch hier Anwendung [50]). Bona fides ist gegenwärtig zur Verjährung, auch gegen die actio hypothecaria und nicht bloß zu Anfange, erforderlich, und wenn der Besitzer vor Vollendung der Verjährung von dem Pfandrecht Kunde erhält, so hört die Verjährung auf [51]).

5. Nicht bloß gegen den Gläubiger kann der dritte Besitzer sich mit der exceptio longae possessionis schützen, sondern, wenn der Gläubiger vom jure distrahendi Gebrauch machte, auch gegen den Käufer [52]).

6. Zuletzt ist hier noch einer merkwürdigen Entscheidung Ulpian's zu gedenken. Gesetzt, der Verpfänder verkauft die verpfändete Sache an Jemanden, der von dem Pfandrecht nicht unterrichtet ist und der sich also in der Lage befindet, durch praescriptio longi temporis Schutz gegen die Ansprache des Gläubigers zu erlangen. Der Erbe des Verpfänders lös't sie wieder ein. Diesem Erben kömmt ebenso wie dem Käufer die exceptio longae possessionis gegen den Gläubiger zu Gute. So entscheidet diesen Fall Ulpianus [53]).

49) L. 2. C. de praescr. longi temp. L. 7. pr. et §. 4. de praescr. 30 vel 40 ann.

50) *Mev.* P. 7. dec. 192. Ob das Beispiel, was diese Entscheidung enthält, hierher gehöre, daran ist billig zu zweifeln.

51) *Mev.* P. 4. dec. 283.

52) *L.* 12. *de div. temp. praescr.* Creditor, qui praescriptione longae possessionis a possessore pignoris submoveri posset, pignus distraxit. Quaero, an possessori salva sit exceptio adversus emtorem, Paulus respondit, etiam adversus emtorem eandem exceptionem competere.

53) *L.* 5. §. 1. *D. de div. temp. praescr.* Ex facto propositum est, quemdam, cum rem pignori dedisset, eandem distraxisse, heredemque ejus redemisse. Quaeritur, an heres adversus pignoris persecutionem exceptione longae possessionis uti possit. Dicebam, hunc heredem, qui pignus ab extraneo redemit, posse exceptione uti, quia in extranei

Der Grund liegt sehr nahe. Der Erbe, der die vom Erblasser verkaufte Sache vom Käufer wiederkauft, handelt nicht als Erbe; er kann also auch nicht als Erbe behandelt werden, sondern nur als Nachfolger des Käufers. —

Auſſer diesen Einreden können dem Gläubiger noch manche andre entgegenstehen, namentlich die Einrede, daß das Pfandrecht erloschen sey, z. B. weil die Schuld getilgt worden, ferner die Einrede, daß dem Beklagten ein vorzüglicheres Pfandrecht zustehe [54]), sowie die Einrede der Retention wegen auf die Sache verwandter, nothwendiger oder nützlicher Ausgaben [55]) u. s. w.

II.

Interdictum Salvianum.

§. 51.

Auſſer der hypothecarischen Klage, als einem petitorischen Rechtsmittel, und auſſer den possessorischen Rechtsmitteln, nämlich den Remediis retinendae possessionis, wenn der Pfandgläubiger im Besitz gestört wird, und den Remediis recuperandae possessionis, wenn er daraus verdrängt ist, welche der Pfandgläubiger mit andern Besitzern gemein hat, steht ihm ein eignes possessorisches Rechtsmittel zu, was auf Erlangung eines Besitzes gerichtet ist, den er zuvor nicht hatte. Dies ist das Interdictum Salvianum und selbiges dem Pfandgläubiger eigen.

locum successit, non in ejus, qui pignori dederat. Quemadmodum si ante redemisset, sic deinde heres exstitisset.

54) L. 12. pr. D. qui pot. in pign.

55) L. 38. D. de hered. pet. L. 27. §. 5. D. de rei vind.

Sowie die actio Serviana ursprünglich bloß dem Verpächter eines Praedii rustici zustand wegen der ihm zur Sicherheit des Pachtgeldes verpfändeten Sachen des Pächters, und dann als actio Quasi-Serviana auf jeden andern Pfandgläubiger ausgedehnt ward, so stand auch das Interdictum Salvianum ursprünglich bloß dem Verpächter eines Praedii rustici zu, um vermittelst desselben in den Besitz der vom Pächter zur Sicherheit des Pachtgeldes verpfändeten Sachen zu kommen [1]), und ward erst späterhin auf jeden andern Pfandgläubiger ausgedehnt [2]). Noch jetzt kann man, wie die actio Serviana und Quasi-Serviana, also auch das Interdictum Salvianum und Quasi-Salvianum dem Namen nach unterscheiden.

Indessen ist diese Ausdehnung nicht so ganz ausgemacht. Die Lehre der Rechtsgelehrten stützt sich hier auf ein schwaches Rohr, auf eine einzige Stelle im Codex, die dies mehr vermuthen, als ersehen läßt, oder vielmehr nur auf Ein Wort in dieser Stelle, auf Ein Wort und auf Ein Wörtchen. Das Wort ist *Debitor* und das Wörtchen die particula *ve*.

L. 1. *C. de precario et interdicto Salviano.*

Si, te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venum dedit, integrum tibi jus est, ea persequi, non interdicto Salviano (*id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*), sed Serviana actione vel quae ad exemplum ejus instituitur utilis adversus emtorem erit exercenda.

Die Worte, worauf alles ankömmt, können für einen Zusatz erklärt werden, wodurch die Eigenschaft ausgedrückt

1) §. 3. J. de interdictis. 2) L. 1. C. de precario.

wird, in welcher der Pächter hier erscheint. So lehrt die Glosse, so Anton Faber. Sie nehmen nämlich an, das:

conductorem debitoremve,

sey gleichbedeutend mit:

conductorem eundemque debitorem [3]).

Allein dann hätte es ceu, tanquam, veluti u. s. w. debitorem heißen müssen. Meines Wissens wird das Redetheilchen *ve* nicht zur Erklärung, sondern zur Trennung gebraucht; es ist particula disjunctiva [4]). Ueberhaupt, warum jenen müßigen Zusatz erkünsteln, zu dessen Rechtfertignng sich schwerlich eine Auctorität aus den Classikern wird beibringen lassen; warum nicht lieber der natürlichen Erklärung folgen? Hier steht es also für entweder (gegen den Pächter) oder (gegen einen sonstigen Schuldner). Und durch diese Erklärung wird die gewöhnliche Lehre, das Interdict stehe jetzt auch andern Pfandgläubigern zu, ausser dem Verpächter, zur Noth gerechtfertigt; wobei es dann noch die Frage wäre, ob, wie man lehrt, allen ohne Unterschied, oder nur einigen und welchen, ob etwa bloß denen, welchen die Sache durch Vertrag verpfändet ist u. s. w.

Die Rechtsgelehrten pflegen aber vom Interdicto Salviano nicht bloß zu lehren, es stehe jedem Pfandgläubiger zu; sondern sie lehren auch, es finde ein Interdictum Salvianum (als actio utilis) jetzt auch gegen einen dritten Besitzer Statt [5]). Man wird dies schon a priori im höchsten Grade

3) Eine andre Erklärung hat Merenda. Unter dem debitor soll Einer zu verstehen seyn, der sich für den Pächter verbürgt hat. *MERENDA* controv. lib. 5. c. 38.

4) Man könnte zwar sagen, das *ve* sey durch eine den Abschreibern gewöhnliche Verwechselung statt *que* gesetzt; aber dadurch — wenn es auch mehr wäre, als eine bloße Vermuthung — würde auch nichts gewonnen seyn.

5) *FACHIN.* lib. 8. cap. 92. *PEREZ* ad tit. Cod. de precario

unwahrscheinlich finden. Stände das Interdict jedem Pfandgläubiger, nicht bloß gegen den Pfandschuldner, sondern auch gegen einen dritten Besitzer zu, so würde dies Interdictum Salvianum die actio hypothecaria ganz unnütz machen. Denn, wem würde es wohl einfallen, in petitorio zu klagen und sich mit der Last des Beweises, der mit der actio hypothecaria verknüpft ist, zu bebürden, hinge es nur von ihm ab, durch Hülfe des Interdicti ohne Verzug und Beschwerde zum Besitz zu gelangen?

In den Gesetzen selbst wird nirgends gesagt, das Interdict finde gegen jeden dritten Besitzer Statt. Justinian in den Institutionen lehrt bloß, es stehe dem Verpächter eines praedii rustici zu wegen der für das Pachtgeld verpfändeten Sachen des Pächters [6]). Gegen wen es gerichtet sey, sagt er nicht. Nur Theophilus in der griechischen Umschreibung dieser Stelle lehrt, es könne gegen jeden Besitzer angestellt werden. In den Pandecten findet sich eine Stelle, welche diesen Satz zu bestätigen scheint.

L. 1. §. 1. *de Salviano Interdicto.*

Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita, ut utrique in solidum essent obligatae, singuli adversus *extraneum* Salviano interdicto recte experientur; *inter ipsos vero si reddatur hoc*

nr. 12 sq. *VINN.* ad §. 3. J. de interd. nr. 5. *VOET* ad tit. Dig. de Salv. interd.

6) §. 3. *J. de interdictis.* Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. (Daß Justinian bloß des Verpächters gedenkt, dem das Interdict zustehe, stößt jene Lehre, es stehe jetzt auch einem andern Gläubiger zu, nicht um. Entweder redet Justinian bloß von dem Interdicto *directo*, oder die Worte: *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*, sind bloß von Tribonian eingeschoben.)

interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio (d. h. das Interdictum Salvianum utile, wovon zu Anfange dieser Gesetzstelle die Rede war) et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent (Julian lehrt hier dasselbe vom Salvianischen Interdict, was Ulpian (L. 10. D. de pign.) von der hypothecarischen Klage lehrt).

Hingegen sehen wir aus jener lex Codicis, wovon nur so eben die Rede war, das Interdict könne nur gegen den Pächter oder den Schuldner, nicht aber gegen den dritten Besitzer, angestellt werden. *Id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*, heißt es ja [7]). Man

7) Um den Widerspruch zwischen den beiden Stellen zu heben, nehmen Manche an, unter dem *Extraneus* in der Pandectenstelle sey der Pächter, also der Pfandschuldner, zu verstehen, im Gegensatz gegen die beiden Miteigenthümer unter einander. *J. H. Boehmer* de act. sect. 2. cap. 3. §. 105. Höpfner Com. §. 1214. in der Note. Allein, daß diese Auslegung verwerflich sey, läßt sich sehr leicht und aus der Stelle selbst zeigen. Es ist nicht von einem Extraneus allein, sondern auch von Extraneis die Rede, und da das Interdict auch gegen den Mitgläubiger Statt finden soll, so wird schon dadurch zu erkennen gegeben, daß es auch gegen den dritten Besitzer Statt finde. Die Anfangsworte der Stelle lassen vollends nicht daran zweifeln, daß nach dem Recht der Pandecten ein Interdictum Salvianum utile auch gegen den dritten Besitzer Statt finde. Es heißt nämlich daselbst: Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, ejus adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Um so weniger darf man mit van de Water (obs. lib. 1. cap. 14.) und Anton Faber (Err. Pragm. Dec. 58. Err. 8.), dem auch Westphal im Pfandrecht §. 284. Note 314. beistimmt, annehmen, die Stelle sey verfälscht, und man müsse statt: Salviano interdicto experientur, lesen: Serviana, non interdicto, eine Aenderung, wodurch die Stelle, mit Hülfe des kritischen Messers, nicht verbessert, sondern erst verderbt werden würde.

könnte die eine Stelle durch die andre einschränken. Man könnte sagen: In der Regel findet das Interdict nur gegen den Schuldner Statt; von dieser Regel ist die Stelle im Codex zu verstehen. Aber ausnahmsweise findet es auch gegen den dritten Besitzer Statt, wenn der Schuldner sie an diesen veräussert hat. Dies ist die Einschränkung, welche die Pandectenstelle an die Hand gibt. Allein, in der Stelle des Codex ist grade von einem Fall die Rede, da der Schuldner die verpfändete Sache an einen Dritten verkauft hat, und gegen diesen Käufer wird dem Gläubiger das Interdict versagt; er soll sich der actio hypothecaria bedienen. Es scheint der Widerspruch zu klar zu seyn, als daß er sich wegreden ließe, und — dann würde die angeführte Stelle der Pandecten der Stelle des Codex, als dem neuern Gesetz, weichen. Indessen, solange noch ein Mittel übrig ist, die Stelle zu retten, ziehen wir es billig vor. Und ein solches Mittel gibt es wirklich. Wenn wir die Stellen genau betrachten, so ist in beiden von verschiedenen Dingen die Rede. Die Pandectenstelle handelt von dem Verpächter, dem ein Pfandrecht an den invectis et illatis des Pächters bestellt ist. Diesem steht gegen den Pächter ein interdictum Salvianum und gegen den dritten Besitzer ein interdictum Salvianum utile zu. Allein, was vom Verpächter gilt im Verhältniß zu dem Pächter und zu dem dritten Besitzer der invecta et illata, dasselbe gilt nicht von jedem andern Pfandgläubiger im Verhältniß zu dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache. Er kann sich zwar auch eines interdicti Salviani gegen seinen Schuldner utiliter bedienen; aber ein interdictum Salvianum *utile* gegen den dritten Besitzer steht ihm nicht, gleich dem Verpächter, zu [8]). Dieses würde auch ein interdictum

8) S. *Cujacii* obs. lib. 5. obs. 24. *Idem* ad lib. 5. Pauli

utile von einem interdicto utili seyn. Beide Stellen kommen also nicht in Collision. Die lex Codicis stellt gleichsam die Regel auf, sie ist die lex generalis, welche den Satz aufstellt: das interdictum Salvianum findet gegen den dritten Besitzer nicht Statt, sondern es findet nur Statt als actio directa gegen den colonus und als actio utilis gegen einen andern Schuldner. Hingegen die lex Digestorum enthält die Einschränkung, sie ist als die lex specialis zu betrachten, indem sie den Satz aufstellt: ein interdictum Salvianum steht jedoch ausnahmsweise einem Verpächter zu, dem invecta et illata verpfändet sind, auch gegen den dritten Besitzer. Dies ist es am Ende auch nur, was Theophilus lehrt, nämlich, daß einem Verpächter ein interdictum Salvianum auch gegen den dritten Besitzer der invecta et illata zustehe [9]). Indessen berechtigt uns die Pandectenstelle immer noch nicht, anzunehmen, daß das interdictum Salvianum utile grade gegen jeden dritten Besitzer der vom Pächter verpfändeten Sache gegeben sey; sondern wir dürfen daraus nur den Satz ableiten, es finde gegen einen Besitzer Statt, an den der Pächter sie nach der Verpfändung veräussert hat; denn nur von einem solchen ist die Rede. Wenn der Verpächter sich an den invectis et illatis ein Pfandrecht ausbedingt und der Pächter sie vor dem Ablauf der Pachtzeit heimlich aus dem Gute fortschafft, sie verkauft u. s. w., so läßt es sich wohl glauben, daß man von der strengen Rechtsregel abwich und dem Verpächter auch gegen einen dritten Besitzer, der die Sache auf einem solchem Wege erworben hatte, mit einem interdicto utili zu Hülfe kam, um ihm auf dem kür-

sentent. tit. 6. de interdictis §. ult. *Janus a Costa* ad §. 3. J. de interdictis. *Reitz* ad h. l. *Bachov* de pign. lib. 3. tit. 20.

9) *Theophil.* paraphr. pr. J. §. 3. de interdictis.

zesten Wege zum Besitz zu verhelfen. Daß man aber dies Interdict gegen jeden dritten Besitzer ausgedehnt haben sollte, wäre eben so ungerecht, als ein grober Verstoß gegen die Rechtsregeln gewesen.

Es findet also das interdictum Salvianum in der Regel bloß gegen den Schuldner, nicht gegen den dritten Besitzer Statt; nur daß es einem Verpächter zusteht gegen den dritten Besitzer, an welchen der Pächter, als Verpfänder, verpfändete Sachen nach der Verpfändung veräussert hat. Dies scheint auch dem römischen Rechtssystem mehr, als das Gegentheil, angemessen zu seyn. Die Interdicte sind persönliche Klagen [10]) und können nicht, gleich den dinglichen, gegen jeden dritten Besitzer angestellt werden. Der Grund des interdicti Salviani ist auch nicht das Pfandrecht, sondern, wie Anton Faber lehrt, die Verpfändung, also der Vertrag, welcher seine Wirkungen nicht über die Personen der Contrahenten erstrecken kann [11]). — Das Begehren bei Anstellung des Interdicts geht bloß dahin, daß dem Kläger der Besitz der verpfändeten Sache überlassen werde.

Die Rechtsgelehrten haben die Frage aufgeworfen, ob wol dem mit dem interdicto Salviano Belangten das beneficium excussionis zustehe. Da die Klage nicht jedem Pfandgläubiger gegen jeden Besitzer zusteht, so kann die Frage nur insofern aufgeworfen werden, als ein Verpächter sie gegen gewisse dritte Besitzer anzustellen berechtigt ist. Merenda [12]) nimmt nicht Anstand, zu behaupten, auch gegen das interdictum Salvianum finde die exceptio excussionis Statt. Andere zweifeln daran [13]). Mir scheint es, die aufgeworfene Frage

10) L. 1. §. 3. D. de interd.
11) *Anton Faber.* c. l.
12) Controv. jur. lib. 5. c. 39.
13) Westphal im Pfandrecht §. 290.

Frage müsse verneint werden. Das beneficium excussionis ist überhaupt nur dem mit der actio hypothecaria belangten Besitzer verliehen. Auch scheint ein Einwand, welcher darauf gerichtet ist, daß der Kläger zuvörderst den Versuch machen müsse, von dem Schuldner seine Befriedigung zu erhalten, hier nicht am rechten Orte zu seyn. Der Kläger will ja nicht sowohl sein Pfandrecht geltend machen, sondern es ist ihm nur darum zu thun, einstweilen in den Besitz der verpfändeten Sache zu kommen.

Was den Beweis betrifft, so hat der Kläger, ausser dem Besitz der Sache auf Seiten des Beklagten, weiter nichts nöthig zu beweisen, als die geschehene Verpfändung, und auch diese nur, wenn sie vom Beklagten bestritten wird. Zu dem facto oppignorationis gehört, wenn ein Verpächter sich des interdicti bedient, das factum illationis mit, also die Voraussetzung der geschehenen Verpfändung, wenn nämlich die invecta et illata, nicht die Sachen überhaupt, verpfändet sind [14]). Daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung im Besitz gewesen, braucht grade nicht bewiesen zu werden; denn es ist keine nothwendige Voraussetzung dieses Interdicts, weil Jemand auch Sachen verpfänden kann, die er nicht besitzt [15]). Wird es aber bewiesen, so bedarf es gegen den Verpfänder und dessen Erben des Beweises des gegenwärtigen Besitzes nicht.

Von der actio hypothecaria ist das interdictum Salvianum verschieden: 1. im Allgemeinen dadurch, wie sich von

14) Daß bei diesem Interdict die Illation zu beweisen sey, lehrt Hellfeld. Jurispr. for. §. 1878.

15) Westphal im Pfandrecht §. 289. Bei den invectis et illatis versteht es sich ohnehin von selbst, daß sie früher im Besitz des Verpfänders gewesen seyn müssen, wenn nicht zur Zeit der Verpfändung, doch zu der Zeit, da sie wirksam ward.

einem petitorischen das possessorische Rechtsmittel unterscheidet. 2. Die actio hypothecaria gründet sich auf das Pfandrecht, das Interdict auf die Verpfändung. 3. Die actio hypothecaria findet auch gegen den dritten Besitzer Statt, das Interdict bloß gegen den Schuldner und bei Pachtverhältnissen gegen diejenigen, an welche der Pächter die verpfändeten Sachen nach der Verpfändung veräussert hat. 4. Bei der actio hypothecaria ist es am Beweise des facti oppignorationis nicht genug, sondern dem Kläger liegt überdies der Beweis ob, daß der Verpfänder die Sache in bonis gehabt habe; beim Interdict genügt es, wenn die geschehene Verpfändung bewiesen wird, also das, worauf das Interdict sich gründet. Da indessen das Interdict nur gegen den Schuldner oder solche Statt findet, an die der Schuldner die Sache veräussert hat, so folgt freilich auch schon aus andern Gründen, daß der Kläger nicht nöthig habe, zu beweisen, der Verpfänder habe die Sache in bonis gehabt, wie auch Westphal im Pfandrecht §. 288 richtig bemerkt hat.

III.

Actio pignoratitia directa atque contraria.

§. 52.

Auser der actio hypothecaria, wodurch das Pfandrecht geltend gemacht und, gleichwie durch das interdictum Salvianum, der Besitz der Sache vom Besitzer abgefordert wird, gibt es nun auch Klagen, wodurch der Gläubiger und der Schuldner die persönlichen Rechte, welche durch die Verpfändung oder bei Gelegenheit derselben entstehen, gegen einander geltend machen.

Davon steht die actio pignoratitia directa dem Schuld-

ner und dessen Erben zu gegen den Gläubiger und dessen Erben, und ist gerichtet auf Zurückgabe der verpfändeten Sache mit allem Zubehör, auf Herausgabe der Früchte, die der Gläubiger davon gewonnen hat oder hätte gewinnen können (falls nicht dem Gläubiger die Früchte, statt der Zinsen, überlassen sind), auf Herausgabe der hyperocha, wenn der Gläubiger das Pfand verkauft hat, auf den Ersatz alles durch dolus oder durch culpa (in einem Grade, wie der Gläubiger ihn zu verantworten hat) verursachten Schadens [1]), kurz auf Alles, wozu der Gläubiger verpflichtet und der Schuldner persönlich berechtigt ist.

Die Klage kann nicht eher angestellt werden, als bis die Pfandschuld getilgt, oder überhaupt das Pfandrecht erloschen ist.

L. 9. §. 3. *D. de pign. act.*

Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum, ut nascatur pignoratitia actio.

Klagt der Gläubiger vor diesem Zeitpunct, so ist er abzuweisen, es sey denn, daß er dem Gläubiger die Zahlung anbietet.

L. 9. §. 5. *D. de pign. act.*

Qui ante solutionem egit pignoratitia, licet non recte agit, tamen, si offerat in judicio pecuniam, debet rem pignoratam et quod sua interest consequi.

1) *L.* 7. *C. de pign. act.* Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit, eo quoque nomine pignoratitia actione tenebitur, ut talem restituat qualis fuerat tempore obligationis. Creditor autem necessarios sumptus, quos circa res pigneratitias fecit, exigere non prohibetur.

Es gibt indessen Fälle, wo die actio pignoratitia Statt findet, obgleich keine Schuld getilgt, kein Pfandrecht erloschen ist. Dies findet nämlich dann Statt, wenn der Gläubiger nie ein Pfandrecht erworben hatte, nämlich, wenn ihm die Sache zum Pfande hingegeben ward, für eine künftige Schuld, oder für eine bedingte oder unter einer Bedingung, und die Schuld in der Folge nicht wirklich entstanden, die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen ist.

L. 11. §. 2. *D. de pign. act.*

Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pignoratitia actione tenebor, et nulla solutione facta. Idemque et si accepto lata sit pecunia, vel conditio defecit, ob quam pignus contractum est, vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est.

Freilich kann der Schuldner, wenn er Eigenthümer ist, statt dessen, mit der Rei-Vindicatio die Sache vom Empfänger und jedem dritten Besitzer abfordern.

1) *L.* 1. *C. Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.*

Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam adseris et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes; nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si, te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.

2) *L.* 2. *C. eod.*

Si, ut nunc adseveras, nihil creditor numeravit

uxori tuae, quae pignus dedit, sed inanem extorsit cautionem: mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari ejus res non potest.

Kann die actio pignoratitia directa vom Schuldner auch gegen den dritten Besitzer angestellt werden, an welchen der Gläubiger die verpfändete Sache etwa weiter verpfändet oder (ungültig) veräussert hat? — Die Rechtsgelehrten haben viel darüber geschrieben und gestritten, weit mehr, als eine so wenig schwierige Frage verdiente. Da die actio pignoratitia eine bloß persönliche Klage ist, und in den Gesetzen nirgends gesagt wird, daß die Klage gegen den dritten Besitzer Statt finde, so ist die aufgeworfene Frage billig zu verneinen. Gegen den dritten Besitzer kann der Schuldner sich nur einer actio in rem bedienen.

Was die Verjährung der Klage betrifft, so lebt sie, wie der Regel nach alle Klagen, 30 Jahre, dann stirbt sie. Es frägt sich nur, mit welchem Zeitpunct diese 30 Jahre zu laufen anfangen, von Zeit der Verpfändung, oder von der Zeit, da die Schuld getilgt und das Pfandrecht erloschen ist. Auch diese Frage ist so häufig untersucht, zum Theil in eignen Abhandlungen [2]), daß wir, wie bei der vorigen Frage, es überhoben seyn können, dabei lange zu verweilen. Bekanntlich fängt die Verjährung einer Klage von dem Augenblick an, da sie, nach der Kunstsprache, geboren ist. Eine Klage ist aber nata von der Zeit, da Jemand von Rechtswegen befugt war, Klage zu erheben „ex quo jure competere coepit actio“ [3]). Nun kann aber der Schuld-

2) *Carol. Frid. Voigt* Com. inaug. jurid. de praescriptione actionis pignoratitiae directae, Lipsiae 1794, und *Mousson* Diss. ejusd. argum. Tubingae 1796.

3) L. 3. C. de praescr. 30 vel 40 ann.

ner, wie schon bemerkt ist, die actio pignoratitia directa nicht eher anstellen, als bis die Pfandschuld getilgt, oder überhaupt das Pfandrecht erloschen ist. Er kann das Pfand nicht eher zurückfordern, als bis der Grund weggefallen ist, der den Gläubiger, das Pfand zu besitzen, befugt machte. Erst, wenn die Pfandschuld getilgt oder überhaupt das Pfandrecht erloschen ist, ist die actio pignoratitia directa — nata.

L. 9. §. 3. *D. de pign. act.*

Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum, *ut nascatur pignoratitia actio.*

Wie dem Schuldner actio pignoratitia directa, so steht dem Gläubiger dagegen die actio pignoratitia contraria zu, auf Ersatz nothwendiger oder nützlicher Verwendungen [4]), auf Ersatz des Schadens, welchen der Gläubiger durch die verpfändete Sache erlitten, insofern der Schuldner dabei in culpa war, auf id, quod interest, wenn der Schuldner eine fremde oder einem Andern verpfändete Sache zum Pfande gab und diese dem Gläubiger entwährt ward, kurz auf Alles, worauf der Gläubiger wegen der Verpfändung ein persönliches Recht hat.

Beide Klagen setzen zwar eigentlich einen contractus pignoratitius voraus, vermöge dessen dem Gläubiger die verpfändete Sache übergeben ward, sie können indessen auch in solchen Fällen gebraucht werden, wo durch bloßen Vertrag ohne Uebergabe, oder durch Testament oder Gesetz eine Sache verpfändet worden, wenn der Gläubiger in der Folge zum Besitz der verpfändeten Sache gelangt ist, und überhaupt, so-

4) L. 7. C. de pign. act. L. 8. pr. D. de pign. act. — L. 25. D. eod.

weit hier von persönlichen Rechten auf Veranlassung der Verpfändung die Rede seyn kann [5]). Wegen der prätorischen Pfänder findet eine actio in factum Statt [6]).

5) L. 11. §. 5. D. de pign. act. L. 33. L. 34. D. de damno infecto. *Bachov* de pign. Lib. V. cap. 18. p. 451. *Voet* ad π. lib. XIII. tit. 7. §. 11. Westphal im Pfandrecht §. 254. Thibaut System des Pandectenrechts 2r Bd. §. 662.

6) L. 9. pr. D. de rebus auct. jud. poss.

Gedruckt bei A. W. Schade in Berlin.

Bei dem Verleger sind folgende Schriften erschienen:

Gesterding, Fr. entwickelte Lehre vom Eigenthum nach Grundsätzen des röm. Rechts. gr. 8. 2 Thlr.

Derselbe, über die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts nach Grundsätzen des röm. Rechts. 8. 11¼ Sgr. od. 9 gGr.

Derselbe, die Irrthümer der alten und neuen Juristen. In einer Reihe von Abhandlungen und Monographien. 8. 1 Thlr. 15 Sgr. od. 1 Thlr. 12 gGr.

Guta-Lagh, das ist: der Insel Gothland altes Rechtsbuch, in der Ursprache, einer alten Uebersetzung aus dem sechszehnten Jahrhundert und einer neuen, nebst vielen Anmerkungen von K. Schildener. gr. 4. 3 Thlr.

Gutjahr, C. Th. quaestiones juris romani antiqui. gr. 8. 12½ Sgr. od. 10 gGr.

Hagemeister, (Geh. Oberjustizrath) Anleitung zur mündlichen Instruction der Prozesse bis zum Spruch. 8. 10 Sgr. od. 8 gGr.

Mühlenbruch, (Professor in Halle) die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, nach Grundsätzen des römischen Rechts, systematisch erläutert. Zweite verbesserte Auflage. gr. 8. 3 Thlr. 10 Sgr. od. 3 Thlr. 8 gGr.

Schoulz ab Ascheraden Commentatio juris civilis de contractibus romanorum innominatis 4. 10 Sgr. od. 8 gGr.

Schoemann, G. de sortitione judicum apud Atheniensis. gr. 8. 6¼ Sgr. od. 5 gGr.

Idem, de Comitiis Atheniensium, libri tres. gr. 8. 2 Thlr.

Isaei, Orationes XI. c. deperd. fragm. Recensuit et illustr. G. Schoemann c. 2 tab. gr. 8. 3 Thlr. 10 Sgr. od. 3 Thlr. 8 gGr.

Zachariä, Fr. über die richtige Berechnungsart des Interusurii nach Grundsätzen des Rechts. 8. 10 Sgr. od. 8 gGr.

Gesterding, C. (Syndikus) Beitrag zur Geschichte Greifswalds und seiner Stiftungen ꝛc. gr. 8. 2 Thlr.

Desselben Erste Fortsetzung. 1 Thlr. 10 Sgr. od. 1 Thlr. 8 gGr.

Desselben Zweite Fortsetzung. 1 Thlr. 20 Sgr. od. 1 Thlr 16 gGr.

Letzteres auch unter dem Titel:

Ueber Greifswaldische Stipendien für Studirende.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gesterding, Franz C.,

Die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des Römischen Rechts

Greifswald 1831

J.rom.m. 222 nd
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566699-9